



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De werking van algemene belangenafwegingen in het Europese staatssteunrecht: tussen verbod en verenigbaarheid?

Aalbers, M.

Citation

Aalbers, M. (2024, June 5). *De werking van algemene belangenafwegingen in het Europese staatssteunrecht: tussen verbod en verenigbaarheid?*. *Meijers-reeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3762243>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3762243>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De algemene belangenafwegingen op grond van het *Altmark*-arrest: op zoek naar een materieel en institutioneel evenwicht tussen verbod en verenigbaarheid

1 INLEIDING

In hoofdstuk 2 is de verfijning van de compensatiebenadering uit het *Altmark*-arrest door Hof van Justitie uiteengezet. Op grond van het *Altmark*-arrest kunnen steunverlenende overheden compensaties voor DAEB onderscheiden van staatssteun en kunnen nationale rechters in een nationale procedure deze feitelijk controleren.¹ In hoofdstuk 2 zijn de toepassingsproblemen per individuele voorwaarde geïdentificeerd.² De *Altmark*-voorwaarden moeten in samenhang toegepast worden, maar vragen om een duidelijke leidraad voor toepassing en controle die, gelet op het aantal prejudiciële procedures en beroepszaken, thans niet afdoende is (zie conclusie hoofdstuk 2). Om de praktische toepassing van de *Altmark*-voorwaarden op het niveau van de lidstaten te bevorderen is daarom in hoofdstuk 2 een leidraad geformuleerd zodat de nationale rechter de *Altmark*-voorwaarden feitelijk kan controleren. Deze leidraad berust op de randvoorwaarden die het Unierecht stelt aan DAEB en zijn terug te leiden op de beginselen van rechtstreekse werking, transparantie, gelijke behandeling en evenredigheid.

Desondanks is deze leidraad slechts een gedeeltelijke oplossing voor de praktische toepassing van de *Altmark*-voorwaarden. In dit hoofdstuk wordt namelijk uiteengezet dat de toepassing van het *Altmark*-arrest tot fundamentele toepassingsproblemen en knelpunten aanleiding geeft. Het betreft hier de theoretische onvolmaaktheid van de compensatiebenadering ten opzichte van de werking van de artikelen 107, lid 1, en 106, lid 2, VWEU. Die onvolmaaktheid komt voort uit de afwegingen die het Hof in het *Altmark*-arrest gemaakt heeft tussen principiële tegenstrijdige doelstellingen. Enerzijds heeft het Hof een objectieve en uniforme toepassingsstandaard voor het begrip “voordeel” willen ontwikkelen. Anderzijds heeft het Hof ruimte willen bieden voor de lidstaten om DAEB in openbare dienstsectoren – binnen de objectieve begripsbepaling van artikel 107, lid 1, VWEU – afwijkend te behandelen.³

De uitkomst van deze belangenafweging heeft tot gevolg dat de *Altmark*-voorwaarden, door hun strikte karakter, echter doorgaans niet vervuld

1 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*.

2 Zie hoofdstuk 1.

3 Sinnavee 2003, p. 351-364, Travers 2003, p. 387-392.

kunnen worden.⁴ Bovendien kan deze uitkomst variëren per openbare dienstsector.⁵ Als gevolg hiervan speelt artikel 106, lid 2, VWEU nog steeds een centrale rol bij het beoordelen van een DAEB-compensatie.⁶

In dit hoofdstuk wordt de compensatiebenadering voor DAEB onderzocht als een algemene belangenafweging tussen de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU en die van artikel 106, lid 2, VWEU. Deze algemene belangenafweging wordt geplaatst in de context van de bevoegdheidsverdeling tussen de relevante Unie-instellingen (Hof van Justitie van de EU en de Commissie) en de aanvullende rechtsbescherming die de nationale rechter op grond van het Unierecht verricht.

In dit hoofdstuk wordt nader geanalyseerd of het bijzondere karakter van DAEB en de hieraan verbonden compensatiebenadering het mogelijk maken om algemene belangen te wegen in het kader van de objectieve verbodsbepaling van artikel 107, lid 1, VWEU. Bij deze benadering hebben lidstaten een beleidsruimte om invulling te geven aan het bijzondere karakter van DAEB, maar dient de uitvoering van deze diensten desondanks wel onder normale marktvoorwaarden tot stand te komen, hetgeen in de praktijk niet altijd mogelijk is.⁷ Het resultaat is dat de compensatiebenadering in essentie een algemene belangenafweging vraagt van steunverlenende overheden en nationale rechters die verder gaat dan de reikwijdte van artikel 107, lid 1, VWEU en die eigenlijk gereserveerd moet zijn voor de verenigbaarheidsfase.

De centrale onderzoekshypothese in dit hoofdstuk is daarom dat het *Altmark*-arrest niet beschouwd kan worden als een voldoende duidelijke toepassingsstandaard die past binnen de objectiviteit van het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU. Daartoe worden allereerst in paragraaf twee verschillende doelstellingen en belangen van de compensatiebenadering uit het *Altmark*-arrest in kaart gebracht. In deze paragraaf wordt omschreven hoe het Hof tot een compromis is gekomen bij het wegen van onderscheidende belangen. Vervolgens geeft paragraaf 3 inzicht in het *Altmark*-arrest als een objectieve toepassingstandaard “behoudens de afwijkingen waar de Verdragen in voorzien” en de wijze waarop het Unierecht deze toepassingsstandaard van nieuwe basislijnen heeft voorzien.⁸ In het bijzonder komen hier aanvullende standaarden voor rechtszekerheid, zoals opgesteld door de Commissie, aan de orde.

4 Nicolaidis 2017b, p. 146-153

5 Zie paragraaf 4.2 van dit hoofdstuk.

6 Zie paragraaf 4 van dit hoofdstuk.

7 Nicolaidis 2017b, p. 146-153.

8 Artikel 107, lid 1, VWEU luidt: “Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”

Paragraaf 4 zet vervolgens uiteen welke technieken het Gerecht en het Hof in de *post-Altmark*-jurisprudentie toepassen om een coherente en samenhangende uitleg tussen de doelstellingen van het *Altmark*-arrest te bereiken. In navolging van de tussenconclusie in paragraaf 4.5 worden in paragraaf 5 vier onderscheidende knelpunten geïdentificeerd die blijven kleven aan de compensatiebenadering van het Hof in *Altmark*. In deze paragraaf wordt onderzocht of de huidige "one size fits all"-benadering voldoende rechtszekerheid biedt, ofwel plaats moet maken voor een nieuwe benadering. Hierbij wordt bijzondere aandacht besteed aan de rol die de nationale rechter speelt als enige rechtelijke instantie die naar Unierecht volgens het Hof van Justitie alle *Altmark*-voorwaarden feitelijk mag controleren. Tot slot volgt in paragraaf 6 de conclusie op de onderzoeksvraag en worden enkele aanbevelingen gedaan voor een herschikking van DAEB binnen het staatssteunrecht.

2 DE BELANGENAFWEGING DOOR HET HOF IN HET *ALTMARK*-ARREST

2.1 Inleiding

Voorafgaand aan de wijzing van het *Altmark*-arrest werd het Hof door verschillende A-G's voor een tweesprong geplaatst. Ofwel moest het Hof kiezen voor een staatssteunbenadering, ofwel moest het een compensatiebenadering accepteren en concretiseren.⁹

Die keuze had betrekking op een aantal theoretische en praktische vraagstukken. Uit de voorgeschiedenis van het *Altmark*-arrest volgt dat het Hof hierbij verschillende belangen moest meewegen. Deze belangen kunnen onderverdeeld worden in belangen die betrekking hebben op de theoretische zuiverheid van het staatssteunbegrip enerzijds, en de belangen die betrekking hebben op de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten anderzijds. Tot slot heeft het Hof de praktische uitwerkingen van deze belangen ook toegepast op de vervoersector, waar ook sectorspecifieke belangen een rol speelden. Deze belangen worden in de volgende paragrafen kort uiteengezet.

2.2 De theoretische zuiverheid van het staatssteunbegrip

Het Hof heeft als taak de objectiviteit van het begrip staatssteun te bewaken door middel van een uniforme uitleg van de staatssteunbegrippen. Pre-judiciële procedures, zoals de procedure in *Altmark*, dienen ertoe om de nationale rechter te ondersteunen door uitleg te geven over de toepassing van het Unierecht.

9 De Cecco 2013, p. 34-37; Rapp-Jung 2004, p. 205-216 Sinnaeve 2003, p. 351-364. Drijber 2007, p.262; Hessel 2004, p. 118.

Met de prejudiciële vragen van het Duitse *Bundesverwaltungsgericht* wilde deze nationale rechter weten of een exclusief subsidie-en vergunningstelsel voor openbaar busvervoer beoordeeld moest worden op basis van het Unierecht, in het bijzonder artikel 107, lid 1, VWEU en 93 VWEU.¹⁰ In dit geval zette het Hof uiteen waarom een “compensatiebenadering” de voorkeur had boven een “staatssteunbenadering.”¹¹ Dit vraagstuk werd intensief gevoerd tussen de A-G’s Jacobs (conclusie voor de zaak *GEMO*), Tizzano (conclusie voor de zaak *Ferring*) en Léger (conclusies voor de zaak *Altmark*) en had betrekking op de verhouding tussen de artikelen 107-108 VWEU en artikel 106, lid 2, VWEU.¹²

A-G Tizzano benaderde een compensatie als een mogelijkheid om een rechtvaardiging te bieden voor “de oneigenlijke lasten” die openbare dienstverleners moeten dragen voor het uitoefenen van hun dienstverplichting.¹³ Deze benadering gaat uit van een “bruto-en een netto staatssteunbegrip”.¹⁴ Dit betekent dat wanneer slechts de nadelige extra lasten vergoed worden, er op de keper genomen “geen echt voordeel” bestaat.¹⁵ Er is dan “schijnbaar geen voordeel.”¹⁶ Het Hof heeft in *Ferring* aan deze benadering toegevoegd die inhoudt dat het aan de nationale rechter is om te bepalen of elke compensatie evenredig is aan de doelstelling van een algemeen belang.¹⁷

Jacobs’ benadering voorzag in een zogeheten “*quid pro quo*”.¹⁸ Compensaties voor openbare diensten vormen volgens hem een zuivere financiële vergoeding voor geleverde diensten. Volgens deze benadering blijft een voordeel uit en is artikel 107, lid 1, VWEU niet van toepassing. Het Hof heeft in *GEMO* deze benadering nadrukkelijk niet overgenomen. Het Hof oordeelde namelijk dat het begrip staatssteun geen rekening houdt met “de redenen of doeleinden van de overheidsinterventie, doch naar de gevolgen ervan ziet.”¹⁹

10 De vragen hadden ook betrekking op verordening 1191/69, *PbEU* (1969) L 156/1. Deze verordening staat ook bekend als de Public Service Obligations (PSO). Deze verordening is inmiddels vervangen door verordening 2016/2338/EU van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1370/2007 inzake de openstelling van de markt voor het binnenlands personenvervoer per spoor.

11 HvJ EG, 24 juni 2003, C 280/00, *Altmark Trans*, r.o. 73, 77, 86.

12 Conclusie A-G Jacobs bij zaak C-126/01, 30 april 2002, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie t GEMO*, Conclusie A-G Tizzano bij zaak C-53/00, 8 mei 2001, *Ferring*, Conclusies A-G Léger bij zaak C-280/00, 19 maart 2002 (conclusie 1) en 14 januari 2003 (aanvullende conclusie 2), *Altmark Trans*.

13 Conclusie A-G Tizzano, bij zaak C-53/00, 8 mei 2001, *Ferring*, randnummers 53, 59-67.

14 Zie Conclusie A-G Léger bij zaak C-280/00, 14 januari 2003, *Altmark*, randnummers 31, 33.

15 *Idem*.

16 *Idem*.

17 HvJ EG, 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*.

18 De Cecco 2013, p. 35-36; Schotanus 2005, p. 201.

19 HvJ EG, 20 november 2003, zaak C-126/01, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie t GEMO*, r.o. 34.

A-G Léger heeft zowel de *quid pro quo*-benadering als de compensatiebenadering van het Hof uit *Ferring* verworpen, omdat deze benaderingen volgens hem in strijd zijn met de objectiviteit van het begrip staatssteun. Ten aanzien van de *quid pro quo*-benadering heeft A-G Léger gewaarschuwd dat deze benadering slechts één kenmerk van een maatregel beoordeelt en voorbij gaat aan andere factoren, zoals het doel en de oorzaken van een maatregel. A-G Léger was van mening dat de benadering van A-G Jacobs geen rekening houdt met het daadwerkelijke of potentiële effect van een maatregel op de mededinging. Daarmee zou het onderscheid tussen “steun en geen steun” vervagen en het begrip staatssteun flexibel en onvoorspelbaar worden.²⁰

Ten aanzien van de benadering van A-G Tizzano en het Hof in *Ferring* was A-G Léger van mening dat hier de toepassing van het staatssteunverbod en de Verdragsuitzondering van artikel 106, lid 2, VWEU met elkaar verward worden. Fiscale, sociale of algemene doelstellingen van een steunmaatregel kunnen niet uitsluiten dat er sprake kan zijn van staatssteun.²¹ Léger bepleitte dat artikel 107, lid 1, VWEU geen onderscheid mag maken naar doelstellingen, omdat het effect van de maatregel doorslaggevend is voor de vraag of er sprake is van staatssteun.

AG Léger waarschuwde dat steunmaatregelen in beginsel altijd een algemeen belang moeten dienen.²² Deze algemene belangen moeten pas in de verenigbaarheidsfase door de Commissie beoordeeld worden op hun effecten op de interne markt.

Het creëren van een speciaal DAEB-regime, als toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, zou volgens hem een objectief staatssteunbegrip uithollen. Ten eerste zouden steunmaatregelen voor openbare diensten conceptueel moeilijk af te bakenen zijn ten opzichte van andere steunmaatregelen met een algemeen belang. Ten tweede zou de specifieke compensatiemethode van *Altmark* niet uniform van toepassing kunnen zijn op elke openbare sector. A-G Léger was van mening dat de compensatiemethode was ontworpen voor de vervoerssector en slecht toepasbaar was op andere economische sectoren, zoals bijvoorbeeld de publieke omroepen. De flexibele interpretatie van een objectief staatssteunbegrip zou volgens hem tot rechtsonzekerheid leiden en nationale rechters een effectieve toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU jo. 108, lid 3, VWEU verhinderen.²³

Naast het belang van een objectief staatssteunbegrip maakte Léger zich

20 Conclusies A-G Léger bij zaak C-280/00, 19 maart 2002, *Altmark Trans*, 86 en 89. Conclusie A-G Léger bij zaak C-280/00, 14 januari 2003, randnummer 86.

21 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*, randnummers 22-23.

22 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*. Randnummers 34-37.

23 *Idem*, randnummer 86.

sterk voor een duidelijke ordening tussen de verbodsbepaling en de aanwezigheid van rechtvaardigingsgronden. Hij stelde duidelijk dat de “communautaire wetgever” met de artikelen 106, lid 2, en 93 VWEU verenigbaarheidsgronden heeft gecreëerd. Bovendien hebben deze artikelen nooit beoogd een compensatie voor een openbare dienst op te voeren als een *per se* uitzondering op artikel 107, lid 1, VWEU. Daarom moet volgens Léger de rechtvaardigingstoets niet verricht worden binnen de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, maar slechts bij de beoordeling of staatssteun verenigbaar is met de interne markt. Léger voerde duidelijk aan dat een compensatiebenadering daarmee indruist tegen de bedoeling van de staatssteunregels door de grondleggers van de Verdragen.

In zijn conclusie raadde A-G Léger het Hof aan om eerst na te gaan of de verbodsbepaling van artikel 107, lid 1, VWEU van toepassing was. Vervolgens zou het Hof kunnen beoordelen of deze steunmaatregel, namelijk een subsidie, verenigbaar was met de interne markt, op basis van artikel 93 VWEU, of artikel 106, lid 2, VWEU. Het Hof nam echter (op verzoek van de lidstaten) de *quid pro quo*-benadering van A-G Jacobs in *GEMO* over en voegde hier vier cumulatieve voorwaarden aan toe.²⁴ Dit is opmerkelijk omdat het Hof in *GEMO* nog deze benadering verworpen had en heeft vervolgens geleid tot zeer veel prejudiciële procedures en beroepsprocedures waarin steeds de spanning terugkomt tussen het staatssteunbegrip en de objectieve rechtvaardiging die inherent is aan het DAEB-begrip.²⁵

2.3 Belangen die berusten op de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten

Naast de theoretische zuiverheid van een compensatiebenadering heeft het Hof ook de belangen van de actoren, die betrokken zijn bij de uitvoering van openbare diensten, en het toezicht hierop, moeten beoordelen. Deze belangen zien op de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en lidstaten bij het uitvoeren van DAEB zoals uiteengezet in hoofdstuk 2, paragrafen 1 en 2.

De uitoefening van deze bevoegdheid kent weinig begrenzingsen, zolang de DAEB niet in strijd is met de staatssteunregels en de Unierechtelijke kernelementen van DAEB zoals uiteengezet in hoofdstuk 1.²⁶

In het bijzonder heeft het Hof in *Altmark* de nationale rechter een feitelijk toepassingskader willen bieden om de financiering van openbare diensten op transparantie te kunnen controleren.²⁷ Hier moest het Hof de onderscheidende rollen van de nationale rechter en de Commissie bij de

24 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o. 73, 88-95.

25 Zie hoofdstuk 2.

26 Zie tevens Hoofdstuk 1, paragraaf 8.

27 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o. 59.

handhaving van het de rechtmatigheid van staatssteun beoordelen. Het Hof wilde aansluiten bij haar vaste rechtspraak die verzekert dat de Commissie – en niet nationale rechter – bevoegd is om rechtstreeks de eventuele verenigbaarheid van steun met de interne markt te beoordelen.²⁸ Tevens moest het Hof in overweging nemen dat de Commissie terughoudend moet optreden bij de controle op omschrijving en uitvoering van DAEB door de lidstaten. Op basis van de *BRT*-rechtspraak is de nationale rechter namelijk exclusief bevoegd de DAEB-omschrijving te controleren op rechtmatigheid met artikel 107, lid 1, jo. artikel 106, lid 2, VWEU.²⁹ In *BRT t Sabam* heeft het Hof namelijk aan de DAEB-omschrijving, zoals omschreven in artikel 106, lid 2, eerste volzin, VWEU, rechtstreekse werking toegekend, ten opzichte van alle Verdragsbepalingen.³⁰ De Commissie is ertoe gehouden om DAEB-omschrijven op een kennelijke fout te beoordelen.

Het Hof heeft in *Altmark* deze bevoegdheidsverdeling eveneens moeten afzetten tegen de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om een economische analyse te verrichten op basis van de artikelen 107 en 108 VWEU. Daarbij had het Hof ook rekening te houden met de specifieke eigenschappen van de economische criteria die volgen uit de rechtspraak van artikel 106, lid 2, VWEU. Het betrof hier de belangen die spelen bij het bewaren van het uitvoeren van een DAEB onder economische evenwichtige omstandigheden.³¹ Bij het bewaken van dit evenwicht heeft het Hof doorgaans de kernelementen van de DAEB (zoals continuïteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid) belangrijker geacht dan een volledige mededinging of een efficiënte besteding.³² Echter, de uitspraak van het Hof in *Altmark*-arrest week hiervan af en stelde het belang van een efficiënte besteding van een compensatie centraal. Het Hof nam daarbij de begrenzingen en kernelementen van het begrip DAEB niet in beschouwing en heeft eveneens niet aan artikel 106, lid 2, VWEU getoetst, noch aan de beginselen die ten grondslag liggen aan deze bepaling.

Het Hof heeft in het feitencomplex de vervoersspecificiteit als bijzonder belang aangemerkt door de vier *Altmark*-voorwaarden grotendeels te baseren op de compensatiemethode voor passagiersvervoer volgens

28 HvJ EG, 21 november 1991, C-354/90, *Saumon t Frankrijk*; Conclusie A-G Tizzano bij zaak C-53/00, 8 mei 2001, *Ferring*.

29 HvJ EG, 30 januari 1974, C-127/73, *BRT t SABAM*.

30 Zie ook Hoofdstuk 1, paragraaf 7.2.1.

31 Conclusie A-G Tizzano bij zaak C-53/00, 8 mei 2001, *Ferring*, punten 77 en 79. Sauter, 2013, p. 20. In *SEP I* heeft het Hof overigens maar eenmalig geoordeeld dat een lidstaat (hypothetische) alternatieve maatregelen anders dan een DAEB had moeten onderzoeken; Zie HvJ EG, 23 oktober 1997, C-157/94, *Commissie t Nederland, (SEP I)*, r.o. 58.

32 Zie HvJ EG, 19 mei 1993, C-230/91, *Corbeau t Regie des Postes*, r.o. 21; HvJ EG, 25 juni 1988, C-203/96, *Dusseldorp t Minister van Volkshuisvesting Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*. Deze uitgangspunten stonden eveneens vermeld in artikel 16 EG, de voorloper van het huidige artikel 14 VWEU.

secundaire vervoerswetgeving.³³ Deze wetgeving nam als uitgangspunt dat een vervoerder, die een openbare dienstverplichting op zich neemt, een economisch nadeel ondervindt. Daarom komt de vervoerder in aanmerking voor een lastenverlichting door middel van een compensatie van de nettokosten.³⁴ Daartoe moet in een besluit de openbare dienst en de factoren voor de berekening van compensatie (zoals de prijs, periode, hoogte van de compensatie en de tarieven etc.) zijn opgenomen.³⁵ Deze compensatie moest eveneens efficiënt besteed worden.³⁶ Het Hof vulde vervolgens in haar operationele oordeel hier de “*quid pro quo*” benadering van A-G Jacobs aan toe.³⁷

Het Hof oordeelde vervolgens dat de nationale rechter ook bij de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU-rekening moet houden met deze compensatiemethode. Het Hof incorporeerde zo, binnen de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, een compensatiemethode die, volgens A-G Léger, door de Commissie als verenigbaarheidsgrond ontworpen was voor de openbaar vervoerssector.³⁸

Door zowel de financiële als algemene belangen van een lokale of regionale gemeenschap af te wegen tegen de noodzakelijkheid van overheidssubsidie voor de continuïteit en toegankelijkheid van een openbare dienst, heeft het Hof met het *Altmark*-arrest nadrukkelijk een beleidsruimte geschapen voor lidstaten, met name op lokaal en regionaal niveau.³⁹ Het Hof had, conform het voorafgaande arrest *GEMO*, kunnen oordelen dat een subsidie voor het verrichten van diensten altijd een schending oplevert van artikel 107, lid 1, VWEU omdat op basis van vaste rechtspraak een subsidie *de facto* de marktpositie van de ontvanger (potentieel) versterkt.⁴⁰ Vervolgens had het Hof als stelregel kunnen duiden dat dergelijke voordelen vervolgens op verenigbaarheid getoetst kunnen worden (met de vermelding dat voor DAEB buiten de vervoerssector artikel 106, lid 2, VWEU het verenigbaarheidskader vormt).⁴¹

33 PSO-verordening.

34 Artikel 10 Verordening 1191/69, *PbEU* (1969) L 156/1.

35 Artikelen 6, 10, en 11 Verordening 1191/69, *PbEU* (1969) L 156/1.

36 Artikel 12 Verordening 1191/69, *PbEU* (1969) L 156/1.

37 Conclusie A-G Jacobs, 30 april 2002, C-126/01, *GEMO*.

38 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*, randnummers 46, 79-81.

39 Szyszczak 2017, p. 395-407.

40 HvJ EG, 2 februari 1988, gevoegde zaken 67, 68 en 70/85, *Van der Kooy*; HvJ EG, 21 maart 1990, C-142/87 *Tubemeuse*. HvJ EG, 20 november 2003, zaak C-126/01, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie t GEMO*.

41 En voor de vervoerssector de vrijstellingsmogelijkheden in de PSO-Verordening met als “vangnet” voor verenigbaarheid het primaire recht: artikel 93 VWEU.

3 UNIERECHTELIJKE TOEPASSINGSTANDAARDEN VOOR DAEB-COMPENSATIES

3.1 Het *Altmark*-arrest biedt een afwijkende toepassingsstandaard in de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU

Uit de vorige paragrafen volgt dat het *Altmark*-arrest een voorbeeld is van een hernieuwd beoordelingskader, dat als toepassingsstandaard artikel 107, lid 1, VWEU nader moet invullen. Zo brengt het Hof vaker in haar jurisprudentie objectieve toepassingsstandaarden aan om conceptuele onduidelijkheden weg te nemen en de praktische werking van een Verdragsbepaling te bevorderen.⁴² Een dergelijke objectieve standaard heeft doorgaans betrekking op het toepassingsbereik van een verbodsbepaling of vrijheid uit het VWEU.

De noodzaak om een objectieve standaard te scheppen, ligt doorgaans in uitwerkingen van materiële Verdragsbepalingen die onvoorzien waren door de Uniewetgever in de oorspronkelijke Verdragen.⁴³ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij tegenstrijdige belangen en doelstellingen uit de Verdragen.⁴⁴ De mogelijkheid bestaat dan dat het Hof naar een verzoening streeft tussen deze doelstellingen. Hierbij geeft het Hof voorrang aan bepaalde belangen. In het economisch publiekrecht betekent dit dat een objectieve standaard een ordenend instrument is om te bepalen of overheidsmaatregelen leiden tot een gerechtvaardigde afwijking van normale marktomstandigheden (zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.2). Vanuit zowel praktisch als theoretisch oogpunt kan het Hof in dat geval kiezen voor duidelijke scheidslijnen op het gebied van: 1) de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten; 2) de corrigerende werking op bestaande regels en; 3) de discretie die nationale rechters hebben om de standaard toe te passen. Dit moet uiteindelijk bijdragen aan een duidelijke, voorspelbare en afdwingbare juridische normstelling en daarmee uiteindelijk de rechtszekerheid.⁴⁵

Het economisch publiekrecht kent vele voorbeelden van objectieve standaarden: dwingende redenen, verkoopmodaliteiten, inherente excepties, nevenrestricties, compensaties; al deze rechtsfiguren vormen een standaard voor toepassing ten aanzien van bepaalde belangen. Het meest voor de

42 Mortelmans 2004, p. 240-252; Von Danwitz 2009, p. 117-128; Sauter 2015, p. 138-143.

43 In het arrest van het HvJ EG van 12 juli 1962, zaak 9/61, *Nederland t Hoge Autoriteit EGKS* (Jurispr. 1962, blz. 43) oordeelde het Hof bijv. dat de Verdragen er niet aan in de weg staan dat de Commissie bij wijze van uitzondering (en als oplossing voor onvoorziene omstandigheden) een grondslag vindt in de doelstellingen van diezelfde Verdragen om steunmaatregelen goed te keuren, danwel uit te zonderen van het staatssteunverbod. Zie ook Gerecht EG, 24 oktober 1997, T-244/94, *Wirtschaftsvereinigung Stahl t Commissie*, r.o. 34 en 57.

44 Mortelmans 2004, p. 240-252.

45 De Vries & Gerbrandy 2015, p. 516-521; Mortelmans 2004, p.240-252.

hand liggende voorbeeld is de *Keck*-exceptie. Deze objectieve standaard is door het Hof ontworpen als afwijking van de toepassing van het begrip maatregelen van gelijke werking. Door de zeer brede interpretatie van het begrip maatregelen van gelijke werking op basis van de *Dassonville*-toepassing, had het Hof niet kunnen voorzien dat er in toenemende mate rechtsonzekerheid zou ontstaan over verkoopmodaliteiten.⁴⁶ Om deze rechtszekerheid te vergroten, en bovendien een verdere aanwas aan prejudiciële vragen te voorkomen, heeft het Hof in *Keck* expliciet gekozen voor een objectieve standaard op artikel 34 VWEU.⁴⁷

De *Altmark*-toepassing is door het Hof ontwikkeld om tegemoet te komen aan praktische bezwaren. De praktische bezwaren van de lidstaten bestonden erin dat openbare diensten, met DAEB als bijzondere rechtsfiguur, een afwijkende behandeling onder artikel 107, lid 1, VWEU verdienden. Ook het Hof zelf ondervond praktische problemen in de vorm van een aanhoudende stroom prejudiciële vragen over de interpretatie van een compensatiebenadering.⁴⁸ Door de langdurige discussie, tussen de A-G's onderling en de toename aan interpretatievragen van de nationale rechters heeft het Hof in *Altmark* de knoop over de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU en DAEB voor eens en altijd willen doorhakken. Vergelijkbaar aan de procedurele uitkomst in *Keck*, beoogde het Hof hier rechtszekerheid te bieden en een daarnaast een verdere aanwas van prejudiciële vragen te voorkomen.⁴⁹

Daarmee heeft het Hof de, tot op dat moment geldende, *Ferring*-toepassingsstandaard voor de compensatiebenadering herordend. De *Ferring*-toepassing was materieel vergelijkbaar aan de *Wouters*-toepassing en voorzag de nationale rechter in een grote mate van discretie, om op basis van artikel 106, lid 2, VWEU te controleren of een DAEB-omschrijving een daadwerkelijk algemeen belang beoogde dat evenredig en niet-discriminerend was. Het *Altmark*-arrest heeft deze discretie herzien en vervangen met haar vier cumulatieve voorwaarden. Dit compromis moest de nationale rechter de beoordelingsruimte bieden om een standaard op artikel 107, lid 1, VWEU toe te passen, zonder de bevoegdheid van de Commissie om steun te beoordelen op verenigbaarheid, te overschrijden.

Reeds ten tijde van de Verklaring van de Europese Raad in Nice, heeft de Europese Raad het Hof gevraagd om de lidstaten rechtszekerheid te geven en economische levensvatbaarheid te verzekeren ten aanzien van de diensten

46 HvJ EG, 11 juli 1974, C-8/74, *Dassonville*.

47 HvJ EG, 24 november 1993, C-267/91, *Keck en Mithouard*, r.o. 14.

48 HvJ EG, 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*; HvJ EG, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

49 HvJ EG, 24 november 1993, C-267/91, *Keck et Mithouard*.

van algemeen belang.⁵⁰ Daarbij zetten de Europese Raad en de Commissie als basislijn uit dat een DAEB-compensatie staatssteun inhoudt, maar evenwel verenigbaar met interne markt moet kunnen zijn.

Met de *Ferring*- en *Altmark*-jurisprudentie heeft het Hof deze basislijn nadrukkelijk verlaten. Echter, na de definitieve keuze voor een compensatiebenadering in het *Altmark*-arrest heeft het Hof mogelijk nog niet voorzien dat de lidstaten, in hun hoedanigheid als “Herren der Verträge”, het DAEB-begrip aansluitend zouden herordenen. Deze hernieuwing werd reeds geïntroduceerd ten tijde van de Conventie van Laken, waar de lidstaten aan DAEB een bijzondere rol wilden toekennen in de Verdragen.⁵¹

Daarom is in 2004 de toegang tot DAEB als grondrecht opgenomen in het Ontwerpverdrag voor een Grondwet en onder titel IV over solidariteit geplaatst.⁵² Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, hebben DAEB deze constitutionele status behouden in artikel 14 VWEU en het Protocol nr. 26 over DAEB.⁵³

Artikel 14 VWEU stelt dat deze diensten passen binnen de gemeenschappelijke waarden van de Unie en bovendien een belangrijke rol spelen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang. Op basis van artikel 2 VEU jo. artikel 3, lid 3, VEU gaat het hier om een gelijke behandeling, non-discriminatie, rechtvaardigheid, solidariteit en de rechten van minderheden. Artikel 3, lid 3, VEU specificiert solidariteit als “solidariteit tussen generaties” en rechtvaardigheid als “sociale rechtvaardigheid”.

Meer specifiek respecteert artikel 1 van het Protocol nr. 26 deze waarden bij de uitvoering van DAEB. Eveneens respecteert de Unie op basis van deze bepaling de diversiteit van deze diensten volgens de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. Het is aan de lidstaten om een DAEB in te richten naar de behoeften van gebruikers, zolang zij voldoen aan een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker.

50 Verslag van de Commissie aan de Europese raad van Laken van 17 oktober 2001 over diensten van algemeen belang [COM] (2001) 598 def, punt 5. De Europese Raad vraagt het Hof daarom om rechtszekerheid te bieden alle toepassingen van “de regels van de interne markt en mededingingsrecht”, en “in het bijzonder de verenigbaarheid van overheidssteun”.

51 Verslag van de Commissie aan de Europese Raad van Laken “Diensten van algemeen belang: Mededeling van de Commissie van september 2000”, *PbEU* (2004) C 17/ 4.

52 Artikel II – 96 luidt: “De Unie erkent en eerbiedigt overeenkomstig de Grondwet de toegang tot diensten van algemeen economisch belang zoals die in de nationale wetgevingen en praktijken is geregeld, teneinde de sociale en territoriale samenhang van de Unie te bevorderen.”

53 Dawson & De Witte 2012, p.41-70; De Cecco 2013, p. 42-47.

Bovenstaande constitutionele belangen hebben hoofdzakelijk een niet-economisch oogmerk.⁵⁴ Zij sluiten evenwel de werking van artikel 107, lid 1, VWEU niet uit, zoals nadrukkelijk vermeld wordt in artikel 14 VWEU.⁵⁵ De lidstaten moeten namelijk eveneens voldoen aan alle economische en financiële voorwaarden die voortvloeien uit het Unierecht. Daarbij moeten DAEB ook bijdragen aan de economische doelstellingen van de Unie ten aanzien van de interne markt en een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen (artikel 3, lid 3, VEU).⁵⁶

3.2 Nadere Unierechtelijke regelgeving van de Commissie over DAEB en staatssteun

Objectieve standaarden worden doorgaans door het Hof ontworpen voor de nationale rechter. Deze standaarden moeten echter ook door toegepast kunnen worden door de Commissie bij de handhaving van het economisch publiekrecht. Daarbij ontwikkelt de Commissie ook voorkeuren en hangt de ontwikkeling van een standaard ook af van de besluitpraktijk van de Commissie. Bovendien ontwikkelt deze standaard zich verder door de interactie tussen de Commissie, lidstaten en de nationale rechters.⁵⁷ En als een regel onverwacht verkeerd lijkt uit te pakken, kan de handhavende instantie ertoe verleid worden om zijn interpretatie te veranderen of de rechtsregel te vermijden.⁵⁸

De Commissie heeft overigens het Hof verzocht juist niet een compensatiebenadering als nieuwe rechtsnorm aan te wijzen.⁵⁹ Net als A-G Léger maakte de Commissie bezwaren tegen de conceptuele noodzaak om af te wijken van de staatssteunbenadering in het *Altmark*-arrest.⁶⁰ Desondanks, kon de Commissie het *Altmark*-arrest, als nieuwe toepassingsstandaard voor artikel 107, lid 1, VWEU, én de problematiek rond de toepassing

54 De Cecco 2013, p. 163.

55 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P-C-69/16, *Comunidad Autónoma del País Vasco t Commissie*.

56 Zie Mededeling van de Commissie van 23 maart 2011, “De hervorming van de EU-staatssteunregels voor diensten van algemeen economisch belang”, COM (2011) 146 definitief. Zie ook Hessel 2017, p. 356-365.

57 Zie Corhaut *et al* 2017, p. 298; Szyszczak 2017, p. 395-407.

58 Zie Farnsworth 2007, p. 163-172. Ter illustratie dient de *Wouters*-exceptie. In tegenstelling tot de *Keck*-regel ziet de Commissie beperkte praktische meerwaarde in de toepassing van deze standaard, juist omdat de *Wouters*-standaard veel discretie toekent aan de nationale rechter. Zie van den Gronden 2015, p. 522-533. Desondanks spelen er nog steeds prejudiciële vragen rondom de *Wouters*-toepassing. Zie Hofzaken C-128/21 *Lietuvos notarų rūmai t Lietuvos Respublikos konkurencijos* en C-144/19 P *Lupin t Commissie*.

59 Pleitnota Commissie bij zaak C-280/00, *Altmark Trans*, documentnummer Ares (2018)6591219.

60 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o. 42, 74, 78.

van artikel 107, lid 1, VWEU jo. Artikel 106, lid 2, VWEU niet negeren.⁶¹ Voorafgaand aan het *Altmark*-arrest was de Commissie reeds bezig om een rechtskader te ontwerpen voor DAEB en staatssteun. Zo had de Commissie bij de Conferentie van Laken al aangekondigd bijzondere staatssteunregels voor DAEB aan te willen nemen, in de vorm van een groepsvrijstelling voor lokale en sociale DAEB.⁶² De Commissie wilde hiermee tegemoet te komen aan de belangen van de lidstaten, maar ook de objectiviteit van het begrip staatssteun beschermen.⁶³

Hoewel het Hof met de wijziging van het *Altmark*-arrest het voortouw nam in de ordening van de compensatiebenadering, heeft de Commissie zowel ordenende als sturende initiatieven verricht ten opzichte van deze toepassingsstandaard. Om de werking van de *Altmark*-toepassing binnen artikel 107, lid 1, VWEU, in samenhang met artikel 14 VWEU, te verduidelijken heeft de Commissie het voornemen om een Groepsvrijstelling aan te nemen omgezet in een pakket van maatregelen. In november 2005 werd het "Monti-Kroes"-pakket over staatssteun en DAEB aangenomen. Dit pakket bestond onder meer uit: (1) een Vrijstellingsbeschikking met vrijgestelde categorieën DAEB; (2) een Kaderregeling voor melding en; (3) een aanpassing van de Transparantierichtlijn.⁶⁴ Het doel van de "Monti-Kroes"-pakketten was ruimte bieden aan lokale en sociale DAEB, maar eveneens na *Altmark* het effectieve toezicht op staatssteun aan DAEB-beheerders te verbeteren.⁶⁵

Ten eerste heeft de Commissie om de praktische uitvoerbaarheid van de compensatiebenadering uit *Altmark* te garanderen het "Monti-Kroes"-pakket van 2005 de toepassingsstandaard voorzien van nieuwe basislijnen.⁶⁶ Om rechtszekerheid te verschaffen over de werking van artikel 106, lid 2, VWEU, heeft de Commissie de verhouding tussen aanmeldingsplichtige steun voor DAEB en steun die op basis van 106, lid 2, VWEU vrijgesteld is van de melding verhelderd.⁶⁷ Wanneer een steunmaatregel namelijk aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden voldoet (omschrijving en aanwij-

61 Rapp-Jung 2004, p. 205-216.

62 Verslag van de Commissie aan de Europese Raad van Laken 'Diensten van algemeen belang: Mededeling van de Commissie', *PbEU* (2004) C 17/ 4; Zie Van den Tweel, 2010, p. 288.

63 Verslag van de Commissie aan de Europese Raad van Laken "Diensten van algemeen belang: Mededeling van de Commissie", *PbEU* (2004) C 17/ 4, punt 3.

64 Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, EG op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare diensten, *PbEU* 2005, L 312/67; Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare diensten, *PbEU* 2005, C 297/4 en richtlijn 2005/81/EG van 28 november 2005, *PbEU* 2005, L 312/47.

65 Hancher & Evans 2006, p.153-159.

66 Hessel 2006, p.478.

67 De gewijzigde Transparantierichtlijn 2006/111/EG, *PbEU* 2006, L 318/17, is nog steeds van toepassing.

zing DAEB per besluit; objectieve en transparante toewijzing kosten; een effectief mechanisme tegen overcompensatie), maar niet aan de laatste *Altmark*-voorwaarde (selectie van een DAEB-beheerder door middel van een aanbestedingsprocedure of door middel van benchmarking) stelde de DAEB-Vrijstellingsbeschikking compensaties van rechtswege vrij van aanmelding. In 2012 heeft de Commissie dit DAEB-pakket hernieuwd en uitgebreid met de “Almunia-pakketten”.⁶⁸ Met name het hernieuwde DAEB-Vrijstellingsbesluit voorziet in een praktische toepassing door lidstaten en kan voor de nationale rechter ingeroepen worden.⁶⁹ Dit besluit stelt de compensatie van een DAEB vrij van melding zolang voldaan is aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden. Als voldaan wordt aan de specifieke voorwaarden van het Vrijstellingsbesluit, die verschillen per economische sector, is staatssteun verenigbaar op grond van artikel 106, lid 2, VWEU en daarom van rechtswege vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting van artikel 108, lid 3, VWEU.⁷⁰

Ten tweede heeft de Commissie, naast de nieuwe basislijnen voor vrijgestelde en aanmeldingsplichtige steun, in 2012 het DAEB-Vrijstellingsbesluit aangevuld met nieuwe vrijgestelde steuncategorieën en daarbij de aanmeldingsdrempels verruimd of afgeschaft.⁷¹ Deze categorieën zijn vooral een invulling van de constitutionele bepalingen in artikel 3 lid 3 en artikel 14 VWEU en hebben betrekking op sociale samenhang, solidariteit en burgerschap. Voorbeelden van steuncategorieën die in zijn geheel vrijgesteld zijn van melding betreffen bijvoorbeeld de zorgsector, kinderopvang en sociale woningbouw.

Daarnaast heeft de Commissie ook de werking van de *Altmark*-voorwaarden (en de hieraan verbonden begrippen) nader uitgewerkt in een mededeling.⁷² De Commissie heeft de omschrijving van het begrip DAEB ingekaderd in de economische theorie van een marktfaalen.⁷³ De pakketten nemen daarom als uitgangspunt dat vraag en aanbod onder concurrerende

68 Het zogeheten Commissie- of Almunia-pakket bestaat uit: (1) de mededeling van de Commissie over de toepassing van de staatssteunregels voor DAEB, *PbEU* 2012, C 8/4 (hierna: de mededeling); (2) de mededeling van de Commissie inzake de goedkeuring van een de-minimisverordening voor DAEB, *PbEU* 2012, C 8/23, gewijzigd door Verordening nr. 2023/2832/EU van de Commissie van 13 december 2023, *PbEU* 2023 L 2023/2832 (hierna: “DAEB-de-minimisvrijstellingsverordening”); (3) het besluit van de Commissie van 20 december 2011 over de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU op staatssteun in de vorm van compensatie voor het beheer van diensten van een DAEB, *PbEU* 2012, L 7/3b (hierna: het DAEB-vrijstellingsbesluit); (4) de EU-kaderregeling inzake staatssteun voor DAEB, *PbEU* 2012, C 8/15 (hierna: de DAEB-kaderregeling).

69 Zie ook paragraaf 5.5.

70 Zie Knook 2013, p.191-196; Hessel & Aalbers 2012, p. 398-406.

71 DAEB-Vrijstellingsbesluit, *PbEU* 2012, L 7/3b.

72 Zie DAEB-Mededeling, *PbEU* 2012.

73 Verouden & Werner; 2013, p. 440, 463-464.

marktomstandigheden onvoldoende op elkaar zijn afgestemd.⁷⁴ Wanneer de belangen van aanbieders en gebruikers uit balans zijn, en dit het gevolg is van een marktfaal, heeft de samenleving er volgens de Commissie baat bij dat deze een compensatie verleent aan een DAEB-beheerder. Eveneens heeft de Commissie ingekleurd hoe een DAEB efficiënt kan worden uitgevoerd op basis van de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde.⁷⁵

Tot slot heeft de Commissie een leidraad gegeven over de onderlinge samenhang van de vier *Altmark*-voorwaarden in de vorm van een gids voor toepassing.⁷⁶ Op deze wijze heeft de Commissie een juridische invulling willen geven aan de "economische en financiële voorwaarden", zoals vermeld in artikel 14 VWEU, die de financiering van DAEB begrenzen.⁷⁷ Bovendien heeft de Commissie door middel van deze richtsnoeren een juridisch toetsingskader willen ontwerpen dat ook door het Hof van Justitie van de EU gecontroleerd kan worden.

In de volgende paragraaf wordt onderzocht in welke mate het *Altmark*-arrest, zoals geformuleerd door het Hof en aangevuld door de lidstaten en de Commissie ook daadwerkelijk als objectieve standaard kan worden toegepast door de hoogste Unierechter.

4 DE INTERPRETATIES VAN HET *ALTMARK*-ARREST ALS OBJECTIEVE STANDAARD DOOR HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EU

4.1 Inleiding

Op grond van de doelstellingen van het *Altmark*-arrest, alsmede de hierboven geschetste aanvullende belangen, leidraden en objectieve standaarden, hebben de Commissie en het Hof van Justitie van de EU de rechtmatigheid van DAEB-compensatie aan de *Altmark*-toepassing onderworpen. In deze paragraaf worden de verschillende belangenafwegingen binnen de doelstellingen van het *Altmark*-arrest beschreven. In paragraaf 4.2 wordt de flexibele benadering van *Altmark*-arrest door het Gerecht geschetst die ruimte biedt om de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU mee te wegen in de compensatiebenadering. In paragraaf 4.3 wordt de strikte

74 Zie Mededeling van de Commissie over de toepassing van de staatssteunregels voor DAEB, *PbEU* 2012.

75 Mededeling van de Commissie over de toepassing van de staatssteunregels voor DAEB, *PbEU* 2012. Zie ook Gerecht EU, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

76 Zie Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang", Werkdocument Europese Commissie, 29 april 2013, SWD (2013) 53 final/2.

77 Verslag van de Commissie aan de Europese Raad van Laken "Diensten van algemeen belang: Mededeling van de Commissie van september 2000", *PbEU* (2004) C 17/ 4, punt 3.

benadering door het Gerecht en het Hof uiteengezet. Deze benadering verwerpt enige belangenafweging in de *Altmark*-toepassing en reserveert de reikwijdte van artikel 106, lid 2, VWEU exclusief voor de verenigbaarheidsfase. Bovendien herstelt deze benadering het *quid-pro-quo*-uitgangspunt van het *Altmark*-arrest. Tot slot worden in paragraaf 4.4 kort uiteengezet in welke mate een belangenafweging nog mogelijk is binnen de strikte toepassing van het *Altmark*-arrest.

4.2 Flexibele interpretatievormen van het *Altmark*-arrest

4.2.1 Teleologische interpretatie van de *Altmark*-voorwaarden

Een teleologische interpretatie van het *Altmark*-arrest houdt in dat een DAEB-compensatie wezenlijk moet voldoen aan de doelstellingen van het *Altmark*-arrest.⁷⁸ Deze teleologische interpretatie van *Altmark* is door het Gerecht ontwikkeld in de zaak *BUPA*. Dit arrest draaide om een DAEB, die in strikte zin niet universeel van aard was, maar wel noodzakelijk was voor de werking van de Ierse particuliere zorgverzekeringsmarkt.⁷⁹ De Ierse overheid had wetgeving aangenomen dat een zogeheten risicovereveningssysteem (hierna: RES) voor ziektekostenverzekeringen mogelijk maakte op deze markt. Alle particuliere zorgverzekeraars actief op deze markt, werden verplicht om eenieder (ongeacht leeftijd, geslacht of gezondheidsrisicoprofiel) te aanvaarden op grond van uniforme premies. Zorgverzekeraars met een overschot aan patiënten met een laag risicoprofiel betaalden vervolgens een bijdrage aan de Ierse overheid. Deze keerde vervolgens een bijdrage uit aan de verzekeraars met een hoofdzakelijk ongunstiger risicoprofielen in hun portefeuille.

De Commissie besloot dat het risicovereveningssysteem een compensatie voor een DAEB inhield en dat er geen sprake was van staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU, hoofdzakelijk omdat er geen op grond van de *Altmark*-test geen sprake was van een voordeel. In de beroepszaak die door *BUPA* tegen dit besluit aanhangig maakt bij het Gerecht, oordeel het Gerecht dat Ierland met het RES “een dwingend doel van sociale samenhang en solidariteit tussen de generaties nastreefde.”⁸⁰ Omdat lidstaten op sociaal beleid en gezondheidszorg volgens artikel 167 VWEU bevoegd zijn dit doel na te streven, koos het Gerecht ervoor om de *Altmark*-voorwaarden niet te strikt te interpreteren.⁸¹

78 Zie Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o. 160.

79 Zie Sluijs & Arnon 2008, p.206-213.

80 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o. 204.

81 *Idem*, r.o. 164, 167. Sauter 2009, p. 269-286.

Allereerst ging het Gerecht soepel om met de eerste *Altmark*-voorwaarde. Hoewel er geen concreet overheidsbesluit was, leidde het Gerecht uit de nationale wetgeving af dat de particuliere zorgverzekeraars belast waren met een DAEB.⁸²

Wat de derde en de vierde voorwaarde betreft, oordeelde het Gerecht dat het RES geheel van een andere orde was dan het compensatiesysteem in de zin van *Altmark*. Om na te gaan of de compensatie toch voldeed aan het doel van het *Altmark*-arrest, paste het Gerecht het evenredigheidsbeginsel van artikel 106, lid 2, VWEU toe ten opzichte van de derde en vierde voorwaarde. Het Gerecht oordeelde dat compensatie de ziektekosten evenredig verdeelde tussen particuliere zorgaanbieders. Daarmee was de compensatie noodzakelijk voor het economische en financiële evenwicht van de DAEB. Deze maatregel leidde evenwel tot een kruissubsidiëring tussen de verschillende zorgpremies, maar het Gerecht achtte dit essentieel voor het economisch evenwicht van de DAEB.⁸³

Ten opzichte van eventuele belemmeringen van de markttoegang was de maatregel noodzakelijk omdat potentiële toetreders tot de Ierse particuliere zorgmarkt tijdelijk vrijgesteld werden van de DAEB-verplichting. Pas na drie jaar waren nieuwe zorgverzekeraars verplicht om actief deel te nemen aan het vereveningssysteem. Daarom oordeelde het Gerecht dat Ierland geen toegangsdrempel had gecreëerd ten aanzien van potentiële nieuwe marktdeelnemers op de particuliere zorgverzekeringsmarkt.⁸⁴

Na de toepassing van het evenredigheidsbeginsel oordeelde het Gerecht dat de compensatie overeenkomt met het doel en de geest van de derde voorwaarde.⁸⁵ Het Gerecht kwam tot deze conclusie ondanks de vaststelling dat de hoogte van compensatie niet voorafgaand aan de uitvoering van het RES was berekend.⁸⁶ Eveneens waren de ondernemingen geselecteerd omdat zij actief waren in de particuliere zorgverzekeringssector en niet vanwege hun efficiëntie.

Desalniettemin was de deelname van de zorgverzekeraars aan het RES volgens het Gerecht een inherent vereiste voor het welslagen van het doel van de DAEB: het bereiken van solidariteit tussen de burgers met een hoog risicoprofiel en diegenen met een laag risicoprofiel. Het Gerecht oordeelde daarom dat het RES “noodzakelijk is voor uniforme tarieven en eveneens de mededinging tussen de particuliere zorgverzekeraars voor alle leeftijds-

82 Zie ook hoofdstuk 1, paragraaf 6.2.2.

83 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o. 273-274.

84 *Idem*, r.o. 301.

85 *Idem*, r.o. 160.

86 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*.

categorieën te stimuleren.⁸⁷ Het Gerecht oordeelde dat compensatie zowel geschikt was om het doel van inkomenssolidariteit te bereiken, alsmede noodzakelijk om de particuliere zorgverzekeraars aan het wettelijke sociale zekerheidsstelsel te laten participeren.⁸⁸

4.2.2 De “sectorspecifieke interpretatie” van de *Altmark*-voorwaarden

Het Gerecht heeft een flexibele en sectorspecifieke interpretatie van het *Altmark*-arrest toegestaan in de sociale gezondheidssector in België. Het betreft hier het arrest *CBI t Commissie*.⁸⁹

Deze zaak draaide om de compensaties die het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest heeft verleend aan openbare ziekenhuizen voor het uitvoeren van een DAEB. Deze DAEB besloeg ziekenhuiszorg, maar ook het aanbieden van sociale welzijnsdiensten aan patiënten ten aanzien van arbeidsintegratie en sociale bijstand.

Het Gerecht oordeelde in het *CBI*-arrest dat de *Altmark*-voorwaarden minder strikt mogen worden toegepast naargelang de specifieke kenmerken van de betrokken sector dat toelaten.⁹⁰ De achterliggende gedachte is, volgens het Gerecht, dat de mate van mededinging in economische sectoren kan verschillen.⁹¹ Het Gerecht vergeleek hier “het doel en de geest” van het feitencomplex in *Altmark* met de “niet-commerciële openbare dienst” in de Brusselse ziekenhuissector.⁹²

Het Gerecht overwoog dat in *Altmark* er sprake was van een economische activiteit die inherent aan mededinging onderhevig was, namelijk vervoer.⁹³ Het Gerecht oordeelde dat de ziekenhuissector “niet noodzakelijkerwijze een dergelijke commerciële en aan mededinging onderhevige sector is”.⁹⁴ Het Gerecht oordeelde dat lidstaten ten aanzien van sociaal beleid en zorg een ruime bevoegdheid hebben op basis van artikel 168 VWEU.⁹⁵ Daarom hoeft een lidstaat niet per definitie een openbare dienstverrichter te

87 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o. 226.

88 *Idem*, r.o. 239, 266 en 269.

89 Gerecht EU, 7 december 2012, T137/10, *Coördinatie van Brusselse instellingen voor welzijnswerk en gezondheidszorg (CBI)*. In het arrest *TV2 Danmark II* voerde TV2 aan dat het Gerecht ten aanzien van sommige economische sectoren, de *Altmark*-voorwaarden minder strikt kan toepassen, zie Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*.

90 Gerecht EU, 7 december 2012, T137/10, *CBI*, r.o. 85, 86, 89; Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 68.

91 Gerecht EU, 7 december 2012, T-137/10, *CBI*.

92 Gerecht EU, 7 december 2012, T-137/10, *CBI*.

93 Gerecht EU, 7 december 2012, T-137/10, *CBI*.

94 Gerecht EU, 7 december 2012, T-137/10, *CBI*.

95 *Idem*, r.o. 91, 92.

selecteren op basis van economische efficiëntie conform de vierde *Altmark*-voorwaarde.⁹⁶

Met deze uitspraak heeft het Gerecht voor openbare sectoren waar een beperkte mate van mededinging plaatsheeft een *Altmark-light* toepassing mogelijk gemaakt. Hierbij kan gedacht worden aan sectoren die afhankelijk zijn van overheidsinvesteringen en door het onrendabele karakter van openbare dienstverplichtingen weinig mededinging genereren, zoals sociale sectoren. Of beter gezegd: “diensten die zonder universele verplichting onder normale marktvoorwaarden helemaal niet zouden bestaan.”⁹⁷

Op basis van de uitspraak in *CBI* kan het *Altmark*-arrest zo worden geïnterpreteerd dat een openbare dienstverlener niet noodzakelijkerwijs door middel van een openbare aanbesteding tegen de laagste prijs of door middel van een efficiëntie-benchmark hoeft te worden geselecteerd. In dat geval zou een andere openbare, niet-discriminerende en transparante selectiemethode open moeten staan.

Daarentegen stond het Gerecht in *CBI* geen concessies toe aan de werking van de eerste drie *Altmark*-voorwaarden. Deze blijven in elke sector van toepassing. Ook in het geval van een beperkte mededinging is overcompensatie en kruissubsidiëring tussen normale activiteiten van de ziekenhuizen en de openbare diensten verboden.⁹⁸ Wel mogen lidstaten zelf bepalen hoe zij toezicht op de compensatie in de praktijk naleven, zolang elk misbruik van het begrip DAEB maar wordt uitgesloten.⁹⁹

4.3 De strikte benadering van de *Altmark*-voorwaarden

De belangenafwegingen in *BUPA en CBI* hebben in de literatuur de vraag opgeroepen of de *Altmark*-voorwaarden meer open normen vormen in niet-geliberaliseerde sectoren en op beleidsterreinen waar de Unie een beperkte bevoegdheid heeft. Dat geldt met name voor de ruime bevoegdheden van lidstaten in gezondheidszorgsector en bij het uitvoeren van sociaal beleid.¹⁰⁰

In de literatuur werd de afwijking van een strikte interpretatie van *Altmark* door het Gerecht zowel aangemoedigd als afgewezen. Bartosch bekritiseerde de uitspraak vooral omdat deze uitspraak te veel beleidsruimte geeft

96 *Idem*.

97 Zie A-G Mazák in zijn conclusie voor de zaak C124/10 P, 20 oktober 2011, *EDF*, overweging, par. 115. Zie Manunza 2011, p. 431-438.

98 Sauter2015, p. 63.

99 Gerecht EU, 7 december 2012, T-137/10, *CBI*, r.o.191.

100 Szyszczak 2017 p. 395-407; Szyszczak2014, p. 508-518; WSauter2013, p. 457-478; Baquero Cruz, 2013, p. 303-329; Von Danwitz 2009, p. 117-128; Ross 2009, p.127-140; Sauter 2009, p.269-286.

aan de lidstaten.¹⁰¹ Biondi noemde de belangenafweging van het Gerecht in *BUPA* een keurig compromis tussen de ruime beleidsruimte, zoals het Hof voorstond in het *Ferring*-arrest, en de meer rigide benadering van het Hof in *Altmark*.¹⁰² Daarbij sprak hij de hoop uit dat het *BUPA*-arrest de Commissie de flexibiliteit heeft gegeven om de *Altmark*-voorwaarden op alle economische sectoren toe te passen.¹⁰³

In zekere zin moest het Gerecht in de zaken *TV2 Danmark II* en *Viasat* met een duidelijk antwoord komen op de vraag of de *Altmark*-voorwaarden een belangenafweging toestaan.¹⁰⁴ In deze zaken stelde Denemarken immers dat, conform het arrest *BUPA*, de derde en vierde *Altmark*-voorwaarde ook in de publieke omroepsector “naar doel en geest” – en dus teleologisch – moeten worden toegepast. Daartegenover voerde *Viasat* aan dat de Commissie de compensaties niet verenigbaar had mogen verklaren met de interne markt. *Viasat* betoogde namelijk dat de Commissie bij beoordeling van een steunmaatregel op evenredigheid op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, ook rekening had moeten houden met de *Altmark*-voorwaarden. In essentie voerde *Viasat* aan dat zowel het *Altmark*-arrest, alsmede artikel 106, lid 2, VWEU, ertoe strekken dat een DAEB-beheerder alleen een compensatie mag ontvangen voor de kosten die noodzakelijk zijn voor het uitvoeren van de DAEB. *Viasat* voerde daarom aan dat de *Altmark*-toepassing samenvalt met het evenredigheidscriterium van artikel 106, lid 2, VWEU.¹⁰⁵

Het Gerecht nam deze kans aan om duidelijkheid te scheppen omtrent de weging van belangen binnen de *Altmark*-voorwaarden. Het Gerecht merkte op dat de derde *Altmark*-voorwaarde grotendeels samenvalt met de doelstelling van artikel 106, lid 2, VWEU. Bij het ramen van de daadwerkelijke kosten van een DAEB-compensatie hanteert de Commissie namelijk het evenredigheidscriterium.¹⁰⁶ Echter het Gerecht wees een algemene evenredigheidstoets op basis van de *Altmark*-voorwaarden af.¹⁰⁷ Het Gerecht oordeelde dat de toepassing van het *Altmark*-arrest als doel heeft vast te stellen of er sprake is van een economisch voordeel op basis van artikel 107, lid 1, VWEU, terwijl artikel 106, lid 2, VWEU als doel heeft de verenigbaarheid van een maatregel, die reeds als steun is beoordeeld onder artikel 107, lid 1, VWEU, te beoordelen.¹⁰⁸

101 Bartosch 2008, p.1.

102 Biondi 2008, p. 401-407.

103 *Idem*.

104 Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*.

105 Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*.

106 Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*, r.o. 84, 89.

107 *Idem*, r.o. 84-85. Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 58, 59 en 61.

108 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 61.

De teleologische interpretatie wordt inmiddels als een bijzondere uitzondering (of zelfs een anomalie) gezien door het Hof van Justitie van de EU.¹⁰⁹ De DAEB in *BUPA* was noodzakelijk om de doelstelling van solidariteit onder verschillende generaties te bereiken. Een volledige marktwerking zou hebben geleid tot *cherry-picking*. In dat geval zouden de zorgverzekeraars hun marketingstrategieën richten op consumenten met “gezonde risicoprofielen”.¹¹⁰ De feiten waren in *BUPA* zo uitzonderlijk, oordeelde het Gerecht in *TV2 Danmark II*, dat het Gerecht in die zaak het *Altmark*-arrest conform de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU moest toepassen, om zo de belangen van sociale cohesie en mededinging op de particuliere zorgverzekeraarsmarkt in evenwicht te brengen.¹¹¹

Voor een samenhangende uitleg van de *Altmark*-voorwaarden heeft het Gerecht het van belang geacht om het grijze gebied tussen de *Altmark*-toepassing en de verenigbaarheidstoets van artikel 106, lid 2, VWEU in haar rechtspraak te voorzien van een duidelijke scheidslijn.¹¹² Het Gerecht formuleerde dat het doel van *Altmark* het vaststellen van normale marktvoorwaarden is.¹¹³ Daarmee keerde het Gerecht in wezen weer op de *quid pro quo*-benadering van de *Altmark*-toepassing terug. Een evenredigheidstoets kan volgens het Gerecht alleen toegepast worden om steunmaatregelen voor een DAEB verenigbaar te verklaren op basis van artikel 106, lid 2, VWEU.¹¹⁴ Zo reserveerde het Gerecht de toepassing van het evenredigheidsbeginsel, in de vorm van verenigbaarheid, exclusief voor de Commissie.

In de arresten *TV2 Danmark II* en *Viasat* stond het Gerecht eveneens voor de opgave om juist de flexibele, maar eveneens onvolledig afgebakende, uitleg uit *CBI*, concreet toe te passen op de publieke omroepsector.¹¹⁵ Denemarken voerde aan dat het Gerecht moest meewegen dat Denemarken “in wezen” voldaan heeft aan de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde.

Geconfronteerd met zijn eigen rechtspraak bevestigt het Gerecht de rechtsregel uit *CBI*. Het Gerecht oordeelde dat, ofschoon de *Altmark*-voorwaarden van toepassing zijn op alle economische sectoren, de Unierechter bij toepassing ervan rekening gehouden met de specificiteit van de betrokken sector. Het Gerecht overwoog dat de *Altmark*-criteria zijn afgemeten op het vervoer: “een ontegenzeggelijke aan mededinging onderhevige

109 Zie HvJ EU, 9 november 2017, C-649/15 P, *TV2 Danmark t Commissie*, r.o. 39-40.

110 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*.

111 Zie ook het Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o.106.

112 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*.

113 Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*, r.o. 55-56, 85, 86.

114 *Idem*, r.o. 89, 90.

115 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*.

economische activiteit".¹¹⁶ Daarom dienen deze voorwaarden volgens het Gerecht niet noodzakelijkerwijze even strikt worden toegepast op sectoren waar een beperkte mate van mededinging en commercieel oogmerk.

Echter, de sector voor openbare omroepen waarin TV2 opereert, heeft volgens het Gerecht duidelijk de kenmerken van een commerciële en aan mededinging onderhevige sector. TV2 wordt namelijk gedeeltelijk uit reclame-inkomsten gefinancierd en is actief op de markt van de televisie-reclame.¹¹⁷ Daarmee staat een flexibele interpretatie volgens het Gerecht niet open voor de sector voor publieke omroepen.¹¹⁸ De Deense overheid voldeed daarom niet aan de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde. Hoewel het Deense parlement toezicht hield op de parameters voor het budget van TV2, waren deze niet aanpasbaar.¹¹⁹ Daarnaast handelde TV2 niet als een gemiddelde goed beheerde onderneming, oordeelde het Gerecht. TV2 ontving de compensatie namelijk op basis van het aantal tv-producties, en niet aan de hand van de kosten die een normale marktdeelnemer maakt.¹²⁰ Het Gerecht paste hier het begrip "normale marktdeelnemer toe", zonder onderscheid te maken tussen publieke omroepen en private omroepen. Omdat TV2 niet door een aanbesteding was geselecteerd, kon TV2 niet aantonen de compensatie doelmatig, dat wil zeggen tegen de laagste kosten, te gebruiken. Dit was voor het Gerecht een indicatie dat er geen sprake was van een tegenprestatie, maar van een voordeel dat de mededinging vervalst.

Ondanks de gelijkenissen met de uitspraken in de arresten *BUPA* en *CBI* heeft het Gerecht er herhaaldelijk op gewezen dat de *Altmark*-test doelstellingen bevat die overeenkomen met de jurisprudentie op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. Het wegen van verschillende doelstellingen bij de toetsing van de *Altmark*-voorwaarden, moet volgens het Gerecht echter beperkt blijven.¹²¹

Uiteindelijk formuleerde het Gerecht dat het doel van de *Altmark*-voorwaarden "het vaststellen van een voordeel (is) dat een DAEB-beheerder onder normale marktvoorwaarden niet zou ontvangen."¹²² Daaraan voegde het Gerecht toe dat de toepassing van de vierde *Altmark*-voorwaarde praktische moeilijkheden kan opleveren. Daarom mag de steun op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, verenigbaar verklaard worden met de interne markt, zonder dat hierbij een efficiëntietest gehouden hoeft te worden.¹²³

116 Gerecht EU, 7 november 2012, T-137/10, *CBI t Commissie*.

117 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 70.

118 Dit volgt eveneens uit de arresten Gerecht EU, 16 december 2010, T-231/06, *NOS*; Gerecht EU, 1 juli 2010, gevoegde zaken T-568/08 en T-573/08, *Métropole télévision* en *TF1*.

119 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 99.

120 *Idem*, r.o. 127.

121 Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*, r.o., 84.

122 *Idem*.

123 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 116, 100, 131

Bovenal sloot het Gerecht uit dat de vierde *Altmark*-voorwaarde mee mag spelen in het verenigbaar verklaren van steun op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. Naar oordeel van het Gerecht moet deze voorwaarde uitsluiten dat de compensatie inefficiënt wordt uitgevoerd en ziet uitsluitend toe op het vermijden van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.¹²⁴

In hoger beroep oordeelde het Hof, in de arresten *Viasat* en *Tv2 Danmark II*, dat het Gerecht terecht oordeelde dat de Commissie bij de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU niet verplicht is om rekening te houden met de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde.¹²⁵ Het Hof van Justitie baseerde zijn oordeel hoofdzakelijk op de conclusie van A-G Wahl.¹²⁶ A-G Wahl stelde vast dat de verhouding tussen artikel 106, lid 2, VWEU en het *Altmark*-arrest onvoldoende duidelijk is geweest in het verleden.¹²⁷ Juist omdat het Hof van Justitie de *Altmark*-voorwaarden zeer strikt toepast, waardoor in de meeste gevallen de voorwaarden niet vervuld worden, speelt artikel 106, lid 2, VWEU volgens het Hof nog een centrale rol.¹²⁸ Op basis van Wahl's heldere conclusie bracht het Hof van Justitie een duidelijke waterscheiding aan tussen de toepassing van het *Altmark*-arrest en de werking van artikel 106, lid 2, VWEU als rechtvaardiging.¹²⁹ Het Hof formuleerde dat de centrale doelstelling van het *Altmark*-arrest er is om te beoordelen of er sprake is van een compensatie of van een economisch voordeel op basis van artikel 107, lid 1, VWEU.

Daarmee reserveerde het Hof de werking van het evenredigheidsbeginsel exclusief voor de verenigbaarheidstoepassing van artikel 106, lid 2, VWEU. Het is volgens het Hof de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om een maatregel die niet aan de *Altmark*-voorwaarden voldoet, verenigbaar te verklaren met de interne markt. Het Hof oordeelde dat de Commissie niet een efficiënte besteding hoeft te controleren aan de hand van de vierde *Altmark*-voorwaarde.

Tot slot heeft het Hof in *TV2 Danmark* en *Viasat* geoordeeld dat de tweede *Altmark*-voorwaarde niet vereist dat objectieve parameters gebaseerd zijn op efficiëntievereisten.¹³⁰ Volgens het Hof, bindt interpretatieve regelgeving, in de vorm van de Commissiepakketten daarom de lidstaten niet.¹³¹ Eveneens heeft het Hof de Commissie verboden om de efficiëntievereisten uit *Altmark* toe te passen binnen de werking van artikel 106, lid 2, VWEU.

124 *Idem.*

125 HvJ EU 8 maart 2017, zaak C-660/15 P, *Viasat Broadcasting UK t Commissie*, randnummer 33-34, 38.

126 Zie de opinie van A-G Wahl van 10 november 2016 bij zaak C-660/15 P, *Viasat*.

127 Conclusie van A-G Wahl bij zaak *Viasat*, randnummer 20.

128 HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat*.

129 Zie ook Aalbers 2017, p. 132-138.

130 HvJ EU 8 maart 2017, zaak C-660/15 P, *Viasat Broadcasting UK t Commissie*.

131 HvJ EU 8 maart 2017, zaak C-660/15 P, *Viasat Broadcasting UK t Commissie*.

De verenigbaarheidstoepassing van artikel 106, lid 2, VWEU heeft een ruimer toepassingsbereik dan *Altmark*. Onder deze bepaling mag de Commissie controleren of een DAEB “onder economisch aanvaardbare omstandigheden” kan worden uitgevoerd door de DAEB-beheerder. Het Hof oordeelde dat dit anders het begrip “economisch aanvaardbare omstandigheden” te eng zou maken, en daarmee de evenredigheidstoepassing van artikel 106, lid 2, VWEU zou beperken.¹³²

4.4 Een samenhangende benadering van de *Altmark*-voorwaarden

De waterscheiding die het Hof in *Viasat* heeft aangebracht tussen de werking van artikel 106, lid 2, VWEU en het *Altmark*-arrest lijkt op het eerste oog een goede ingreep voor het hanteren van twee verschillende toepassingen: de beoordeling of er sprake is van een inbreuk op basis van artikel 107, lid 1, VWEU en beoordeling of deze inbreuk op basis van artikel 106, lid 2, VWEU kan worden gerechtvaardigd.¹³³ Echter, in tegenstelling tot de flexibele interpretaties van het Gerecht, oordeelde het Hof dat elke vorm van een belangenafweging, op basis van evenredigheid, verbannen moet worden uit de *Altmark*-toepassing. Deze scheidslijn is desondanks te scherp getrokken, omdat de aard en inhoud van het begrip DAEB, en de brede discretie die lidstaten hebben om deze te omschrijven, nu eenmaal belangenafweging in de *Altmark*-toepassing noodzakelijk maakt. Een dergelijke belangenafweging, op basis van het evenredigheidsbeginsel, staat daarmee niet gelijk aan een beoordeling op verenigbaarheid. Eerder kan deze belangenafweging bijdragen aan het vaststellen van een *prima facie* beperking van het Unierecht.

De Commissie heeft het belang van een samenhangende benadering benadrukt ten overstaande van het Hof in de zaak *Pais Vasco*. Deze benadering weegt de verschillende doelstellingen van het *Altmark*-arrest tegen elkaar af. Het Hof oordeelde in deze zaak, in navolging van A-G Wathelet, dat de minimumvoorwaarden, binnen de toepassing van de eerste *Altmark*-voorwaarde, de Unierechtelijke begrenzingen vormen op de ruime beoordelingsruimte die lidstaten hebben bij een DAEB-aanwijzing. Evenzeer vormen deze minimumcriteria geen louter formele verplichtingen, maar kan de Commissie ze toetsen aan de algemene rechtsbeginselen van de Unie, waaronder de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie, rechtszekerheid en evenredigheid.¹³⁴

132 Conclusie van A-G Wahl bij zaak *Viasat*, randnummer 42.

133 Zie ook HvJ EU, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Pais Vasco*, r.o 55.

134 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 6.2.4. Ook voegde A-G Wathelet hier aan toe dat de notie van een DAEB vereist dat de Commissie rekening houdt met de belangen van concurrenten en consumenten.

Dat een belangenafweging door het Gerecht soms onvermijdelijk blijft om de samenhang van de *Altmark*-voorwaarden te bewaken, volgt uit het arrest *SNCM t Commissie*, dat gewezen werd na het *Viasat*-arrest van het Hof. In dat arrest oordeelde het Gerecht dat de toepassing van het *Altmark*-arrest nu eenmaal naar zijn aard een belangenafweging vereist.¹³⁵ In deze zaak had de Corsicaanse overheid, ter aanvulling op een bestaande DAEB, een aanvullende dienst met extra budget toegevoegd aan de openbare dienst. De Commissie besloot dat de aanvullende taak niet voldeed aan een reële behoefte van passagiers en kwam tot het besluit dat een ogenschijnlijk neutrale bepaling als doel te had alle andere mededinging uit te sluiten.¹³⁶ Zo had de Corsicaanse overheid de selectievoorwaarden in de aanbestedingsprocedure zo omschreven dat alleen de zittende DAEB-beheerder, SNCM, als economisch meest voordelige inschrijving uit de bus zou komen bij een aanbesteding.

Om een effectieve belangenafweging tussen het doel van artikel 107, lid 1, VWEU en het uitvoeren van een DAEB te verrichten, paste de Commissie samenhangend de eerste en vierde *Altmark*-voorwaarde toe. Daarbij ging de Commissie na of de toepassing van deze voorwaarden in overeenstemming was met de beginselen van transparantie, evenredigheid, non-discriminatie en gelijke behandeling.¹³⁷

Tegen dit besluit heeft SNCM aangevoerd dat de Commissie de evenredigheidstest van artikel 106, lid 2, VWEU verward heeft met de toepassing van het *Altmark*-arrest. Het Gerecht verwierp dit beroep. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie bij het onderzoek of voldaan was aan het eerste *Altmark*-criterium mocht controleren of de openbare dienst noodzakelijk en evenredig was. De Commissie mag in dat kader toetsen of er sprake is van een reële behoefte van een openbare dienst, die aantoonbaar ontoereikend onder normale marktvoorwaarden kan worden uitgevoerd. Corsica had in dat geval een gebrek aan particulier initiatief moeten aantonen, oordeelde het Gerecht.¹³⁸

Ten aanzien van de samenhang tussen de eerste en de vierde voorwaarde oordeelde het Gerecht dat de toepassing van de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en evenredigheid door de Commissie binnen de *Altmark*-test een effectieve belangenafweging (tussen de werking van artikel 107, lid 1, VWEU en het uitvoeren van een DAEB) mogelijk maakte.¹³⁹

135 Gerecht EU, 1 maart 2017, T-454/13, *SNCM t Commissie*, r.o. 268. Zie Giraud 2017, p. 482-486.

136 Gerecht EU, 1 maart 2017, T-454/13, *SNCM t Commissie*, r.o. 286.

137 Gerecht EU, 1 maart 2017, T-454/13, *SNCM t Commissie*, r.o. 120,124-125.

138 Gerecht EU, 1 maart 2017, T-454/13, *SNCM t Commissie* 206-208.

139 *Idem*.

In casu was er een aanbestedingsprocedure verricht tegen de laagste prijs. Echter het betrof hier niet de laagste prijs voor de gemeenschap, maar voor de DAEB-beheerder zelf.¹⁴⁰ Het Gerecht moest bij de toepassing daarom rekening houden met de onderliggende doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU, die nog steeds verborgen liggen in de *Altmark*-test. De beoordeling van het Gerecht betrof hier een belangafweging tussen de noodzaak en geschiktheid en non-discriminerende werking van een DAEB ten opzichte van de belangen van concurrenten en consumenten. Een formele toepassing had de mededinging en het handelsverkeer niet alleen potentieel belemmerd, maar daadwerkelijk dat resultaat gehad.

Deze illustratie laat zien dat het Gerecht, om recht te doen aan de verschillende doelstellingen van de *Altmark*-voorwaarden, nog steeds een belangenafweging binnen de *Altmark*-voorwaarden verricht, zonder dat het hier de fase van verenigbaarheid betreft. Zonder een onvermijdelijke belangafweging binnen de *Altmark*-toepassing, was de Commissie niet tot het besluit gekomen dat de selectieprocedure tot discriminatie en ongelijke behandeling leidde. Door het algemene belang af te wegen tegen de effecten op de mededinging konden de Commissie en het Gerecht constateren dat, ondanks dat formeel gezien aan alle *Altmark*-voorwaarden leek te zijn voldaan, het effect was dat de DAEB-compensatie markttoegang van concurrenten uitsloot.

Deze belangenafweging berust op de notie van vergelijkbaarheid. Zo oordeelde het Gerecht herhaaldelijk dat *Altmark*-voorwaarden, hoewel zij individueel een verschillend element van een compensatie controleren, in samenhang het algemene doel hebben om te controleren of een compensatie de DAEB-beheerder een voordeel verschaft ten opzichte van zijn concurrenten.¹⁴¹ De rechtspraak van het Gerecht geeft inzicht in de *Altmark*-toepassing door de Commissie, die verder gaat dan een afzonderlijke toetsing aan elke voorwaarde, maar de verschillende doelstellingen in de compensatiebenadering onderwerpt aan een belangenafweging.

Deze samenhangende benadering van de *Altmark*-voorwaarden die de Commissie in de zaak SNCM hanteerde, biedt ook lessen voor de overheden van de lidstaten bij de naleving van de staatssteun. Met het oog op het maken van beleidskeuzes die de rechtmatigheidsbeoordeling bij zowel publieke als private handhaving kunnen doorstaan, moeten overheden niet uit het oog verliezen dat artikel 107, lid 1, VWEU (toegepast op DAEB-compensaties) als doel heeft de mededinging te bewaken.¹⁴² Als een con-

140 *Idem.*

141 Zie Gerecht EU, 29 november 2018, *ARFEA t Commissie*, par. 109; Zie ook Gerecht EU, 24 september 2015, zaak T-674/11, *TV2/Danmark t Commissie*, r.o. 99 en 100.

142 HvJ EU, 6 november 2018, C-622/16 P, *Scuola Elementare Montessori t Commissie*, r.o. 43, 107.

current van een DAEB-beheerder aanmerkelijk in zijn rechtspositie wordt aangetast, dan kan de nationale rechter door een belanghebbende gevraagd worden het algemene belang van een DAEB af te wegen tegen mogelijke schendingen van het staatssteunverbod.¹⁴³ Het spanningsveld tussen de primaire werking van de kernelementen van artikel 106, lid 2, VWEU en de afwijkende *Altmark*-toepassing – en de positie van de nationale rechter – wordt in paragraaf 5.4. verder geanalyseerd.

4.5 Tussenconclusie

Het *Altmark*-arrest is een voorbeeld van een nieuwe rechtsregel, die als toepassingsstandaard een materiële Verdragsbepaling (de artikelen 107, lid 1, VWEU en 106, lid 2, VWEU) nader moest invullen. De verschillende toepassingen van dit arrest door het Gerecht en het Hof in de *post-Altmark*-jurisprudentie laten zien dat deze standaard niet altijd uniform kan worden toegepast per economische sector.

In *BUPA* bood de *Altmark*-toepassing in strikte zin te weinig ruimte om nieuwe niet-economische belangen mee te wegen, waarop het Gerecht de doelstellingen van artikel 168 VWEU meewoog. Daarop besloot het Gerecht om het toepassingskader van *Altmark* te verbreden naar de originele Verdragsdoelstellingen over DAEB in artikel 106, lid 2, VWEU. Het Gerecht was in *CBI* eveneens flexibel, omdat de zorgsector niet te beoordelen was onder normale mededingingsomstandigheden. Daarom liet het Gerecht in de zaak niet-economische doelstellingen van artikel 168 VWEU meewegen en liet het de vierde *Altmark*-voorwaarde buiten toepassing.

Als reactie op deze toepassingen heeft het Hof in *Viasat en TV2 Danmark II* elke flexibele toepassing van *Altmark* uitgesloten. Daarmee blijkt dat het Hof geen aantasting meer wil van het compromis van de belangen uit *Altmark*. Dit is opmerkelijk omdat het Hof zich met de *Viasat*-uitspraak realiseerde dat, wegens het strikte karakter, de *Altmark*-voorwaarden in de praktijk nauwelijks te vervullen zijn. Zodoende heeft artikel 106, lid 2, VWEU volgens het Hof nog steeds een centrale rol te spelen bij de beoordeling van DAEB-compensaties.¹⁴⁴

In de rechtspraak van het Hof staat het behoud van objectief staatssteunbegrip voorop. Zodoende brengt het Hof in *Viasat* een nadrukkelijke waterscheiding aan tussen de doelstellingen van *Altmark* en artikel 106, lid 2, VWEU. Daarbij lijkt het Hof zich niet volledig te realiseren dat deze

143 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Pais Vasco*, r.o. 45.

144 Zie HvJ EU 8 maart 2017, *Viasat*, r.o. 30; Zie de opinie van A-G Wahl van 10 november 2016 bij zaak C-660/15 P, *Viasat*, randnummer 29.

bepaling alomvattender is dan een verenigbaarheidstoepassing. De doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU blijken namelijk een onontbeerlijk instrument voor de Commissie en het Gerecht om de *Altmark*-toepassing uniform te beoordelen in elke economische sector, getuige met name het arrest *SNCM*. De *post-Altmark*-rechtspraak toont aan dat DAEB-compensaties naar hun aard een belangenafweging vereisen. Dit komt door de centrale rol die artikel 106, lid 2, VWEU inneemt bij het beoordelen van de eerste *Altmark*-voorwaarde en het belang van een onverstoorde mededinging. Het Hof van Justitie van de EU heeft dit belang onderkend in de *post-Altmark*-jurisprudentie, maar desondanks komen zij tot verschillende uitkomsten. Waar het Gerecht in *SNCM* een belangenafweging binnen de *Altmark*-toepassing wel toelaat, is het Hof resoluut in *Viasat* door de Commissie, noch de nationale rechter, toe te staan te controleren of een compensatie daadwerkelijk overeenkomt met de kernbeginselen van evenredigheid, non-discriminatie en gelijke behandeling.

De verschillende benaderingen van het *Altmark*-arrest scheppen onduidelijkheid, en zij stellen de nationale rechter, in de hoedanigheid van Unierechter, voor het blok. Hoewel de *Altmark*-voorwaarden als doel voorstaan om orde te scheppen, afdwingbaar te zijn, en voorspelbare en herkenbare bouwstenen moeten zijn voor een toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, lijken deze verschillende benaderingen deze eigenschappen kennelijk te ontberen. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU biedt zodoende de overheden van de lidstaten interpretatieruimte binnen de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU. Gelet op de lijdelijkheid van de nationale rechter bij geschillen over de toepassing van de *Altmark*-voorwaarden is het de vraag of de nationale rechter een belangenafweging door de overheid op grond van een eenduidige en samenhangende toepassing van de *Altmark*-voorwaarden effectief kan controleren in een nationaal geschil.¹⁴⁵ Het is dan de vraag of nationale rechters de “*one size fits all*” interpretatie uit het *Viasat*-arrest kunnen effectueren, nu deze standaard de nationale rechter, overheden en belanghebbenden onvoldoende rechtszekerheid biedt.

Het is daarom te betreuren dat het Hof de zaak van *Viasat* niet heeft aangegrepen om te evalueren of de doelstellingen van *Altmark* überhaupt behaald kunnen worden door lidstaten. Daarmee heeft het Hof toekomstige prejudiciële vragen over objectiviteit van het staatssteunbegrip enerzijds, en de beleidsruimte van lidstaten om bijzondere (openbare) diensten uit te zonderen van dit begrip, naar mening van de auteur dezes niet afgevangen. In de volgende paragrafen zal betoogd worden dat het *Altmark*-arrest berust op een fundamenteel onjuiste toepassing van het Unierecht wegens vier blijvende knelpunten in de toepassing.

145 Metselaar 2016, p. 15, 234, 246-247, 288, 310-315.

| Benadering HvJ EU | Arrest | Belangenafweging tussen... | Uitkomst |
|--------------------------------|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Teleologische interpretatie | BUPA | <u>Niet-economische belangen</u> (Solidariteit tussen generaties, toegankelijkheid, continuïteit, de bevoegdheden en doelstellingen op basis van artikel 168 VWEU) & economische belangen (efficiëntie besteding, markttoegang en mededinging); Het economische uitvoeringskader uit <i>Altmark</i> (efficiëntie) & het criterium van een " <u>economisch evenwicht</u> " op basis van <u>artikel 106, lid 2, VWEU</u> . | De <i>Altmark</i> -voorwaarden moeten naar doel en geest worden toegepast. De niet-economische doelstellingen op het gebied van volksgezondheid wegen zwaarder dan de efficiënte besteding van de compensatie. |
| Sectorspecifieke interpretatie | CBI TV2 Danmark | <u>De diversiteit van DAEB-sectoren</u> , in het bijzonder op sociaal gebied en zorg <i>ex</i> artikel 168 VWEU en de " <u>economische en financiële voorwaarden</u> " uit het Unierecht, waaronder mededinging en efficiëntie. | De <i>Altmark</i> -voorwaarden moeten sectorspecifiek worden toegepast door te toetsen aan de mate van concurrentie en markttoegang per economische sector. In plaats van de vierde <i>Altmark</i> voorwaarde kan de overheid in sectoren met een beperkte mededinging een onderneming selecteren op basis van het criterium van "economisch aanvaardbare omstandigheden". |
| Strikte interpretatie | Viasat | <u>Beleidsruimte voor de lidstaten</u> om algemene belangen te rechtvaardigen binnen de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU <u>en de exclusieve bevoegdheid van de Commissie</u> om staatssteun voor DAEB verenigbaar te verklaren op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. | De doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU mogen niet als rechtvaardigend worden ingeroepen. Artikel 106 lid, 2, VWEU is een verenigbaarheids-toets, terwijl het <i>Altmark</i> -arrest alleen instrumenteel is om een voordeel op basis van artikel 107, lid 1, VWEU op te sporen. Elke voorwaarde van het <i>Altmark</i> -arrest heeft zijn eigen doelstelling. De algemene doelstelling is om te controleren of een DAEB-beheerder onder normale marktomstandigheden opereert. |
| Samenhangende benadering | SNCM | De <u>reële noodzaak</u> voor de lidstaten om economische activiteiten als DAEB aan te wijzen en; <u>uitwerking</u> van de DAEB-opdracht <u>op de mededinging en de markttoegang</u> . | De <i>Altmark</i> -voorwaarden moeten samenhangend toegepast worden, op basis van de Uniebeginselen van gelijke behandeling, transparantie, non-discriminatie en evenredigheid om te voorkomen dat een DAEB-aanwijzing als effect heeft de mededinging te beperken en het handelsverkeer te beïnvloeden door de markt af te schermen van ander marktdeelnemers (terwijl er geen legitiem belang is dat dit noodzaakt). |

Figuur III: Overzicht tegenstrijdige Altmark-interpretaties tussen het Hof en het Gerecht

5 BLIJVENDE KNELPUNTEN BIJ TOEPASSING VAN DE COMPENSATIEBENADERING

5.1 Inleiding

De analyse van de *post-Altmark*-jurisprudentie geeft inzicht in de aanvullende en afwijkende standaarden die het Hof van Justitie van de EU en de Commissie hebben ontwikkeld voor/met het oog op rechtszekerheid. Omdat deze verschillende standaarden tegenstrijdig zijn met elkaar, biedt de huidige compensatiebenadering onvoldoende rechtszekerheid voor toepassing door de nationale rechter. Deze tegenstrijdige uitkomsten berusten op blijvende en fundamentele knelpunten voor toepassing. Ten eerste overlapt de compensatiebenadering, als afwijking op artikel 107, lid 1, VWEU, met de werking en doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU. Omdat de compensatiebenadering de bijzondere rechtspositie van de DAEB-beheerder centraal neemt, werkt deze eerder als een rechtvaardiging dan als een objectieve standaard voor het verrichten van diensten onder normale marktomstandigheden. Daarmee ondergraaft het *Altmark*-arrest het objectieve karakter van het voordeeltbegrip (paragraaf 5.2). Ten tweede staat de strikte interpretatie van de *Altmark*-voorwaarden de centrale rol en werking van artikel 106, lid 2, VWEU in de weg. Dat de compensatiebenadering als afwijking voor DAEB op het normale voordeeltbegrip wordt toegepast binnen de werking van het staatssteunverbod, en niet in de verenigbaarheidsfase, lijkt fundamenteel in strijd met te zijn het primaire Unierecht (paragraaf 5.3) Tot slot wordt in paragraaf 5.4 benadrukt dat het *Altmark*-arrest als toepassingsstandaard een objectief karakter ontbeert en de discretie om een belangenafweging te verrichten, die de nationale rechter heeft op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, beperkt.

5.2 Het *Altmark*-arrest is een afwijking van het voordeeltbegrip van 107, lid 1, VWEU

5.2.1 *De Altmark-toepassing is ongeschikt voor het beoordelen van normale marktomstandigheden*

Het belangrijkste knelpunt in de *Altmark*-toepassing betreft de premisse van het Hof dat een DAEB-compensatie op basis van de *Altmark*-voorwaarden onder normale marktomstandigheden wordt verleend en vervolgens ook onder normale marktomstandigheden wordt uitgevoerd. Het Hof is in haar *post-Altmark*-jurisprudentie niet afgeweken van het vertrekpunt dat een DAEB-beheerder op basis van de *Altmark*-voorwaarden geen voordeel ontvangt, omdat de overheidsinterventie zou berusten op normale marktomstandigheden. Daarbij heeft het Hof in het *Altmark*-arrest onvoldoende in overweging genomen dat de overheid juist bijzondere randvoorwaarden verbindt aan de financiering en uitvoering van DAEB volgens artikel 106, lid 2, VWEU.

Het probleem hierbij is dat, juist door de bijzondere positie die toegekend wordt aan DAEB-beheerder(s) (en het feit dat de overheid hierdoor de marktvoorwaarden creëert) een compensatiestelsel niet vergelijkbaar is aan normale marktomstandigheden. Doorgaans zijn aan het beheer namelijk vormen van exclusiviteit, ofwel bijzondere rechten verbonden.¹⁴⁶ Zelfs als een gehele marktsector wordt afgesloten ten faveure van een DAEB, vormen bijzondere rechten mogelijke beperkingen op normale mededingingsomstandigheden of beperken zij (tijdelijk) de markttoegang.¹⁴⁷ In elk geval verkrijgen DAEB-beheerders een bijzondere positie, op een afgebakend grondgebied, voor een bepaalde tijd.¹⁴⁸ En ook al zijn normale marktomstandigheden vaak verre van perfect, overheidsinterventie op de markt, door de inzet van staatsmiddelen, past de marktomstandigheden artificieel aan.¹⁴⁹ Het voordeel dat een onderneming in dat geval ontvangt, is het verschil tussen de normale kosten van de bedrijfsvoering en de verlaging van deze kosten na overheidsinterventie op de markt.¹⁵⁰

In het *Orange t Commissie*-arrest oordeelde het Hof dat een DAEB-beheerder zich juist door zijn openbare taak in een bijzondere marktpositie bevindt (onder voorwaarden opgelegd door de overheid).¹⁵¹ In het *Altmark*-arrest heeft het Hof echter een compensatiemethode voor DAEB ontwikkeld die lastenverlichting voor een economisch nadeel als uitgangspunt neemt.¹⁵² Wanneer er een bijzondere marktpositie aan een onderneming wordt toegekend, is het volgens het Hof zeer moeilijk voor de Commissie om te beoordelen of er sprake is van normale marktvoorwaarden en of er ook een eventueel nadeel bestaat voor de DAEB-beheerder.¹⁵³ Daarom heeft het Hof in het *Orange t Commissie*-arrest ook de mogelijkheid om een onderneming te compenseren voor een structureel nadeel principieel beëindigd.¹⁵⁴

In zijn conclusie voor de zaak *Orange t Commissie* heeft A-G Wahl duidelijk gemaakt dat het toekennen van een compensatie op basis van sectorspecifieke regelgeving een artificieel karakter creëert, in plaats van normale marktvoorwaarden verzekert.¹⁵⁵ Deze opinie had evenwel betrekking op het ontkrachten van de noodzaak voor een compensatie voor een "structureel

146 Zie bijvoorbeeld artikel 4 van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

147 Zie HvJ EU, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Pais Vasco*; Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*. Zie voor exclusieve en bijzondere rechten en staatssteun Ølykke 2017, p. 164-180; Buendia Sierra 1999.

148 HvJ EU, 7 mei 2009, C 504/07, *Antrop t Carris*; Gerecht EU, 29 november 2018, T-720/16, *ARFEA t Commissie*.

149 Burke, 2018, p. 25, 32-33, 36-40.

150 Nicolaidis 2017a, p. 148.

151 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

152 Artikel 10 Verordening 1191/69, *PbEG* (1969).

153 HvJ EU 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*; Zie hoofdstuk 1.

154 Zie ook hoofdstuk 2, paragraaf 6.4.3.

155 Zie de opinie van A-G Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

nadeel” en niet op de algemene compensatiebenadering.¹⁵⁶ Desalniettemin kan zijn benadering universeel toegepast worden op alle compensaties voor publieke diensten, of deze nu op een DAEB-taak betrekking hebben of niet.

Een DAEB-beheerder bevindt zich namelijk, juist door de toegekende compensatie, in een bijzondere marktpositie, die weliswaar verplicht en tijdelijk van aard is, maar bovenal niet te vergelijken is met de marktpositie van haar eventuele concurrenten. Zonder openbare dienstverplichtingen zouden veel DAEB-beheerders, die actief zijn in onrendabele economische sectoren, mogelijk niet eens bestaan.¹⁵⁷ Dit heeft het Hof weliswaar onderkend in haar rechtspraak, maar zij heeft hier geen afdoende consequenties aan verbonden. Desondanks heeft het Hof aan de *Viasat*-norm willen vasthouden door de compensatiebenadering uit *Altmark* gelijk te stellen aan het verrichten van een transactie onder normale marktomstandigheden.

In het *Cellnex*-arrest heeft het Hof deze conclusie toch enigszins afgewakt. In dat arrest was het Hof namelijk gevraagd de verhouding tussen een noodzakelijk marktfalen en het overcompensatie-begrip te verduidelijken. Het Hof oordeelde in deze zaak dat, juist omdat door de aanwezigheid van een marktfalen, een DAEB-beheerder nooit onder normale marktomstandigheden kan opereren.¹⁵⁸ Het Hof volgde hier de lijn van het arrest *Orange t Commissie* en oordeelde dat de compensatie van “extra juridische, contractuele en regulerende lasten”, opgelegd door de staat, niet aangemerkt kon worden als een transactie onder normale marktomstandigheden.¹⁵⁹ Hoewel er volgens het Hof in de *Cellnex*-zaak geen DAEB was opgelegd, is deze benadering van “normale marktomstandigheden” tegenstrijdig aan de originele benadering van het Hof in *Altmark*.¹⁶⁰ En de benadering van het Hof in het *Cellnex*-arrest staat niet op zichzelf.

In het *Hongarije t Commissie*-arrest oordeelde het Hof dat een DAEB op grond van artikel 106, lid 2, VWEU, wegens tekortkomingen op de markt, aan een beheerder kan worden opgelegd, op voorwaarde dat deze dienst niet reeds op bevredigende wijze onder normale marktomstandigheden wordt verricht.¹⁶¹ Het gaat hier om voorwaarden van algemeen belang zoals prijs, kwaliteit, continuïteit en toegang tot de dienst.¹⁶² Indien een dienst met een algemeen belang dus reeds onder normale marktomstandigheden wordt aangeboden, is een DAEB-aanwijzing in strijd met het Unierecht.¹⁶³ En hoewel het Hof in de zaak *Hongarije t Commissie* de verhouding

156 Zie ook hoofdstuk 1, paragraaf 5.4.2.

157 Zie Conclusie A-G Mazák van 20 oktober 2011 bij zaak C124/10 P, *EDF*.

158 HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*.

159 HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*, r.o. 112-113.

160 Zie HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*, r.o. 112,115. HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o. 84-87, 91.

161 HvJ EU, 7 november 2018, C-171/17, *Commissie t Hongarije*, r.o. 51-57.

162 Opinie A-G Bot van 14 juni 2018 bij zaak C-171/17, *Hongarije t Commissie*, randnummer 65.

163 Zie Opinie A-G Bot van 14 juni 2018 bij zaak C-171/17, *Hongarije t Commissie*, randnummer 65,76.

tussen het vrij verkeer van diensten en DAEB moest beoordelen, heeft A-G Bot in zijn opinie bij deze zaak duidelijk gesteld dat de criteria voor DAEB op basis van het vrij verkeer van diensten én de staatssteunregels niet van elkaar mogen afwijken, juist omdat “het begrip DAEB uniek is.”¹⁶⁴ Deze mening was de Commissie in de zaak *Hongarije t Commissie* eveneens toegegaan. De Commissie merkte namelijk op dat “het niet opportuun zou zijn om een activiteit die al op bevredigende wijze wordt of kan worden verricht door ondernemingen die hun activiteiten onder normale marktomstandigheden uitoefenen, te koppelen aan specifieke verplichtingen van openbare dienstverlening.”¹⁶⁵ Het Hof oordeelde dat een DAEB een rechtsinstrument is ter rechtvaardiging van een beperking van de mededinging. Deze rechtvaardiging kan volgens het Hof alleen toegestaan worden wanneer een bepaalde dienst op een ontoereikende wijze op de markt wordt aangeboden. De overheid kan dus op de markt interveniëren volgens het Hof, juist als diezelfde overheid aantoont dat bepaalde doeleinden, zoals de continuïteit en toegang tot de dienst, niet onder normale marktomstandigheden worden bereikt. Het Hof baseerde zijn oordeel op de DAEB-mededeling van de Commissie, waarin de beleidsruimte en de begrenzings van een DAEB-aanwijzing, op basis van artikel 106, lid 2, VWEU door de Commissie zijn omschreven.¹⁶⁶

Uit de uitspraak *Hongarije t Commissie* valt daarom op te maken dat de begrippen DAEB en normale marktomstandigheden, op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, inherent tegenstrijdig zijn. Het opleggen van een DAEB moet onder de uniforme uitlegging van het Unierecht daarom per definitie als een uitzonderingspositie gezien worden.

De uitspraken van het Hof in de zaken *Orange*, *Cellnex* en *Hongarije t Commissie* laten zien dat in het geval van een marktwerking met voldoende concurrentie de overheid geen openbare dienstverplichting mag opleggen op basis van het begrip “DAEB” (in het Unierecht). De achterliggende ratio is dat ondernemingen aanwezige algemene belangen in de markt op dat moment zelfstandig aanbieden zonder noodzaak van overheidsinterventie. DAEB onderscheiden zich daarmee juist van normale marktactiviteiten, omdat de overheid omwille van een algemeen belang deze diensten wil coördineren en reguleren. Afgaande op de rechtspraak van het Hof inzake *Orange* en *Cellnex* kunnen deze diensten dan ook niet zuiver een compensatie inhouden en een artificieel voordeel uitsluiten, omdat elke maatregel die ten doel, of als effect heeft, normale lasten te verlichten, een voordeel vormt.¹⁶⁷ Bij de beoordeling van een DAEB op staatssteun zou het voor-

164 Opinie A-G Bot van 14 juni 2018 bij zaak C-171/17, *Hongarije t Commissie*, randnummer 60.

165 Opinie A-G Bot van 14 juni 2018 bij zaak C-171/17, *Hongarije t Commissie*, randnummer 40.

166 HvJ EU, 7 november 2018, C-171/17, *Commissie t Hongarije*, r.o. 56. Zie ook de DAEB-Mededeling 2012, paragraaf 3.3.

167 Zie ook HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Heiser*, r.o. 36; HvJ EU, 27 juni 2017, C74/16, *Congregación de Escuelas Pías*, r.o. 66.

werp van de compensatie, zij het een DAEB of een ander legitiem belang, in beginsel daarom niet uit moeten maken voor de beoordeling van een steunmaatregel.

De inconsistente uitleg van de *Altmark*-uitzondering door het Hof van Justitie van de EU, zoals uiteengezet in paragraaf 4, vindt zijn oorsprong in de “*quid pro quo*” benadering van A-G Jacobs.¹⁶⁸ Deze benadering gaat ook voorbij aan het effect van een maatregel op de mededinging en maakt het onderscheid tussen steun en geen steun flexibel en onvoorspelbaar.¹⁶⁹ In de *Chronopost*-arresten heeft het Hof weliswaar benadrukt dat de toepassing van de vierde *Altmark*-voorwaarde er hoofdzakelijk aan toe kan bijdragen dat voorwaarden voor economisch gedrag de marktwerking zo dicht mogelijk benaderen.¹⁷⁰ Echter, deze arresten tonen eveneens aan dat een dergelijk resultaat niet gelijk staat aan normale marktvoorwaarden. De benchmark van een gemiddeld goed beheerde onderneming is namelijk ontwikkeld voor het beoordelen van marktgedrag in een publieke sector en berust daarbij op overheidsratio en niet op de ratio van een particuliere marktinvesteerder.¹⁷¹

Vervolgens heeft het Hof de compensatiebenadering vervlochten met de test van een particuliere marktdeelnemer in de *Chronopost*-arresten. In twee uitspraken heeft het Hof, op basis van een DAEB in de postsector, geoordeeld dat een DAEB-beheerder aan de hand van marktconforme voorwaarden geselecteerd moet worden. Als dat niet mogelijk is, moet een hypothetische benchmark verricht worden in een soortgelijke economische sector.¹⁷²

Het Hof overwoog dat, om een landelijke postbezorging te garanderen, beheerder La Poste dusdanige investeringen moest verrichten, “die niet louter beantwoorden aan economische criteria”.¹⁷³ Het Hof verbond hieraan de conclusie dat een particuliere onderneming niet voor deze investering zou hebben gekozen.¹⁷⁴ Desondanks handelde La Poste, volgens het Hof, toch als een gemiddeld goed beheerde onderneming. Het Gerecht heeft in het arrest *Transavia* nog eens bevestigd dat het Hof in *Chronopost II*, op basis van de benchmarktest van *Altmark*, onmogelijk normale marktomstandigheden kon vaststellen.¹⁷⁵ De oorzaak hiervan was volgens het Gerecht

168 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*, overweging 81.

169 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*., randnummer 86.

170 Cyndecka 2015, p. 163, 165; De Cecco 2013, p. 144-145.

171 Zie ook Hoofdstuk 1, paragraaf 4.5.2.

172 Zie ook Hoofdstuk 1, paragraaf 5.5.2.

173 HvJ EU, 3 juli 2003, gevoegde zaken C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, *Chronopost t UFEX*, r.o. 36.

174 Zie de Opinie van A-G Sharpston, van 6 december 2007 bijgevoegde zaken C341/06 P en C342/06 P, *Chronopost II*.

175 Gerecht EU, 13 december 2018, T-591/15, *Transavia t Commissie*.

“de onmogelijkheid om een vergelijkende analyse toe te passen” tussen ondernemingen die actief zijn in een door de overheid “gereserveerde sector” en particuliere ondernemingen buiten deze sector.¹⁷⁶ Deze illustratie laat zien waarom deze uitleg van vierde *Altmark*-voorwaarde door het Hof niet de test kan doorstaan van “normale marktomstandigheden.”¹⁷⁷

De gestelde standaard in *Altmark* kan gezien worden als compromis dat te veel belang heeft toegekend aan de “oneigenlijke lasten” die DAEB-beheerders dragen. Hierdoor heeft het Hof in het *Altmark*-arrest onvoldoende het objectieve karakter van artikel 107, lid 1, VWEU in ogenschouw genomen. Daarmee is een DAEB-compensatie, op basis van het *Altmark*-arrest, een instrument voor lidstaten om unilateraal en artificieel in te grijpen ten aanzien van bestaande marktomstandigheden en kan zo’n compensatie een vergelijkbare beperkende uitwerking hebben op de mededinging als andere steuninstrumenten, zoals subsidies, exclusieve vergunningen of preferentieel belastingbeleid.¹⁷⁸

5.2.2 *Het compenseren van een concurrentienadeel en het uitsluiten van een voordeel is tegenstrijdig*

Het feitencomplex van het *Altmark*-arrest, betreffende de onrendabiliteit van openbare vervoersdiensten, heeft het Hof in *Altmark* ertoe bewogen een standaard te ontwikkelen die zowel een voordeel uitsluit, maar eveneens een nadeel neutraliseert. Desondanks kan de compensatie van een concurrentienadeel niet als een normale marktomstandigheid worden aangemerkt (ook niet als het een DAEB betreft).¹⁷⁹ De omstandigheid dat een lidstaat via unilaterale maatregelen de mededingingsvoorwaarden in een bepaalde economische sector probeert aan te passen, is namelijk de enige objectieve standaard voor het beoordelen van een voordeel.¹⁸⁰

Eveneens is het ook de vraag wat voor soort nadeel geneutraliseerd kan worden. Is er sprake van een inherent of generiek nadeel dat zijn oorsprong vindt in ontoereikende mededingingsomstandigheden, zoals een marktfalen? Of is er sprake van een direct nadeel dat een marktdeelnemer ondervindt ten opzichte van andere marktdeelnemers wanneer hij niet gecompenseerd wordt?¹⁸¹ De zienswijze van het Hof in het arrest *Cellnex* toont aan dat een compensatie voor een openbare dienst, niet altijd de minst ingrijpende remedie hoeft te zijn tegen een marktfalen, dat wil zeggen een

176 *Idem*, r.o.124.

177 Gerecht EU, 13 december 2018, T-591/15, *Transavia t Commissie*, r.o. 124.

178 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*.

179 Zie HvJ EU, C-446/14 P, 18 februari 2016, *Duitsland t Commissie (ZT Rheinland-Pfalz)*.

180 HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Heiser*.

181 Conclusie A-G Wahl, 20 december 2017, C-525/16, *MEO t Autoridade da Concorrência*, randnummer 26.

ontoereikendheid van de markt. Wanneer de compensatie de mededinging onevenredig beperkt, kan de overheid door middel van een compensatie mogelijk zelfs bijdragen aan een marktfalen.¹⁸² Een dergelijke problematiek, verdient een evenwichtige belangenafweging, die in beginsel niet thuis hoort in de beoordeling van een objectief voordeelbegrip.

Het Hof heeft daarom in de zaak *Orange* de vorming van een “nadeelbegrip” als spiegelbeeld ten opzichte van een objectief voordeelbegrip ten stelligste afgewezen.¹⁸³ Ook in de bredere toepassing van het mededingingsrecht bestaat er geen stelregel voor het vaststellen van een nadeel binnen de toepassing van een verbodsbepaling.¹⁸⁴ Zo merkte A-G Wahl ten aanzien van de toepassing van artikel 102 VWEU op dat het feit dat een onderneming voor de aankoop van een goed of een dienst een hogere prijs moet betalen in vergelijking tot concurrerende ondernemingen weliswaar als nadeel kan worden aangemerkt, maar dat deze omstandigheid niet noodzakelijk leidt tot een “concurrentienadeel”.¹⁸⁵ Daarbij bestaan er in het mededingingsrecht volgens A-G Wahl geen “duidelijke uitleggingsrichtsnoeren” waaruit een “nadeel bij de mededinging” valt af te leiden.¹⁸⁶

De afwezigheid van standaarden in het mededingingsrecht is hier relevant, omdat er ook geen afdwingbare uitlegging bestaat van een “nadeel” in de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Bovendien kan een eventueel nadeel een inbreuk op normale marktomstandigheden volgens artikel 107, lid 1, VWEU niet rechtvaardigen. Zo wilde Duitsland in de zaak *Georgsmarienhütte* een compensatie binnen de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, rechtvaardigen wegens het bestaan van een concurrentienadeel. Dit nadeel ondervonden Duitse energieproducenten volgens Duitsland ten opzichte van concurrenten in andere lidstaten. Vervolgens begonnen de Duitse ondernemingen die uitgesloten waren van de compensatie een procedure voor de nationale rechter. In de conclusie van A-G Campos Sanchez voor deze zaak komt nadrukkelijk naar voren dat een concurrentienadeel niet een objectief begrip is op basis van artikel 107, lid 1, VWEU.¹⁸⁷ Volgens A-G Campos Sanchez is er sprake van een aantasting van normale marktvoorwaarden, en daarmee een voordeel, “wanneer de financiële

182 HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commission*; Gerecht EU, 15 december 2016, T-37/15, *Abertis Telecom Terrestre t Commissie*. Zie voor de verhouding tussen DAEB-aanwijzingen en de veroorzaking van marktfalen door de overheid, Burke 2018, p. 25, 32-40.

183 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 5.4.2.

184 Conclusie A-G Wahl, 20 december 2017, zaak C-525/16, *MEO t Autoridade da Concorrência*, par.25

185 *Idem*.

186 Conclusie A-G Wahl, 20 december 2017, C-525/16, *MEO t Autoridade da Concorrência*, randnummer 81.

187 Opinie A-G Campos Sánchez – Bordona, 27 februari 2018, bij zaak C-135/16, *Georgsmarienhütte t Duitsland*.

situatie van een onderneming verbetert als rechtstreeks gevolg van het overheidsoptreden en niet door de vrije marktwerking." Dit is een brede interpretatie van een voordeel, die recht doet aan de rechtspraak van het Hof in *Orange* en *Cellnex*. Dat betekent dat ook een verlichting van normale financiële lasten, als gevolg van marktvoorschriften opgelegd door de staat, onder het voordeel begrip valt.¹⁸⁸ Het begrip "concurrentienadeel" moet eerder beoordeeld worden binnen de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU waarin het nadeel erin bestaat dat steun niet is aangemeld en de belangen van concurrenten schaadt. De materiële uitleg van dit begrip moet daarom vooral in het kader van de private handhaving, schadevergoeding en de werking van de nationale procesautonomie gezocht worden.¹⁸⁹ In deze omstandigheid is de nationale rechter bovendien altijd gehouden een schadevordering te beoordelen op een "onrechtmatig mededingingsvoordeel voor de begunstigde" en niet op een mededingingsnadeel voor de begunstigde.¹⁹⁰

Deze benadering is door het Hof nadrukkelijk opnieuw omarmd in haar jurisprudentie. Op dit punt lijkt het Hof weer dichterbij de *pre-Altmark*-jurisprudentie te geraken, met als duidelijk ijkpunt het arrest *GEMO*, waarin het Hof geen enkele afwijking toestond op het voordeelbegrip ten faveure van algemene belangen.¹⁹¹ In tegenstelling tot dat ijkpunt staat het *Altmark*-arrest toe dat aan bepaalde nadelige gevolgen voor DAEB-beheerders een zwaarder gewicht wordt toegekend dan aan die aan de belangen van een objectief staatssteun begrip voor effectieve handhaving.

Door de wijzing van het *Altmark*-arrest is het Hof mogelijkterwijs uit het oog verloren dat praktische belangen nooit de eigenlijke doelstellingen van Verdragsbepalingen mogen neutraliseren.¹⁹² Eerder moet de gestelde afwijkende standaard in *Altmark* beschouwd worden als compromis dat te veel belang heeft toegekend aan het remediëren van de "oneigenlijke lasten" die DAEB-beheerders dragen. Deze toepassingstandaard heeft daarmee een blijvende tegenstrijdigheid gecreëerd tussen de doelstellingen van het staatssteunverbod en de praktische problemen die DAEB-beheerders onderkennen bij de uitvoeren van hun openbare dienstverplichtingen.

188 *Idem*, randnummers 79-80. Zie ook HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Heiser* en HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías*, r.o. 66.

189 Zie bijvoorbeeld *Opinie A-G Wahl*, 13 september 2018, zaak C-387/17, *Presidenza del Consiglio dei Ministri t Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, randnummers 81-95; HvJ EU 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*.

190 *Opinie A-G Wahl*, 13 september 2018, C-387/17, *Presidenza del Consiglio dei Ministri t Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, randnummer 87.

191 HvJ EG, 20 november 2003, C-126/01, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie t GEMO*.

192 Zie naar analogie HvJ EGKS, 18 maart 1980, gevoegde zaken 154, 205, 206, 226-228, 264-278, *Ferriera Valsabbia t Commissie*, r.o. 84.

5.3 De centrale rol en werking van artikel 106, lid 2, VWEU worden ingeperkt door het *Altmark*-arrest

5.3.1 Artikel 106, lid 2, VWEU speelt een rol bij twee onderscheidende fases van staatssteuncontrole

Artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin, vereist dat ondernemingen belast met een DAEB onder de regels van de Verdragen vallen, met name de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De tweede volzin stelt dat de ontwikkeling van het handelsverkeer niet mag worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.

Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat er twee verschillende fases zijn op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. De eerste fase vereist dat een DAEB-omschrijving niet in strijd mag zijn met de Verdragsregels. Ten opzichte van de werking van artikel 107, lid 1, VWEU moet gecontroleerd worden op de DAEB-aanwijzing niet kan leiden tot een potentiële beperking van de mededinging, dan wel een negatief effect heeft op het handelsverkeer.¹⁹³ Op basis van de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU en de rechtstreekse werking van de DAEB-omschrijving van artikel 106, lid 2, VWEU kunnen belanghebbenden de rechter verzoeken om te controleren of een DAEB een dergelijke *prima facie* beperking oplevert, en daarmee eveneens een inbreuk maakt op het staatssteunverbod. Wanneer er vervolgens een inbreuk is vastgesteld, kan in de tweede fase de verenigbaarheid op basis van artikel 106, lid 2, VWEU beoordeeld worden.

Deze fases impliceren twee verschillende belangenafwegingen. De eerste fase heeft als doel elke potentiële versterking van de marktpositie van een onderneming door unilaterale overheidsinterventie te verhinderen. Dit is de reden waarom het Hof een rechtstreekse werking heeft toegekend aan de DAEB-omschrijving. Belanghebbenden kunnen in dat geval de DAEB-omschrijving aanvechten omdat deze de mededinging beperkt of de markttoegang van marktdeelnemers beperkt.¹⁹⁴ Deze belangenafweging is met name belangrijk bij de rechtsbescherming die de nationale rechter kan bieden bij de toepassing van het staatssteunverbod aan concurrenten en consumenten (zie Hoofdstuk 5).

De tweede fase heeft als doel een beperking van de mededinging, in de vorm van een grensoverschrijdend economisch voordeel, af te wegen tegen de belangen van het economisch evenwicht en continuïteit van de

193 Zie HvJ EU, 10 juni 2010, C 140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*; HvJ EU, 20 december, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*.

194 HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Heiser*, Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*.

openbare dienstverplichting en het handelsverkeer op de interne markt. De tweede fase betreft de verenigbaarheid van staatssteun, waarbij in beginsel de Commissie controleert of op basis van artikel 106, lid 2, VWEU of een DAEB onder economisch evenwichtige voorwaarden wordt verricht.¹⁹⁵ Bij deze afweging is het criterium van “economisch aanvaardbare omstandigheden”, op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, doorslaggevend en niet de mate van efficiëntie van de DAEB-compensatie.¹⁹⁶

In beide fases moet voldaan worden aan de Uniebeginselen van transparantie, gelijke behandeling, non-discriminatie en evenredigheid.¹⁹⁷

5.3.2 *De Altmark-toepassing vervaagt het onderscheid tussen verbod en rechtvaardiging*

Met wijzing van het *Altmark*-arrest heeft het Hof een toepassingsstandaard gecreëerd, die weliswaar de rechter discretie moest bieden, maar niet intrinsiek de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en evenredigheid vermeldt.¹⁹⁸

De *Altmark*-toepassing vormt echter eveneens een afwijking op het voordeeltbegrip van artikel 107, lid 1, VWEU (zie paragraaf 5.2). Bij een succesvolle toepassing is er geen beperking, en daarmee geen schending van het Verdrag. Daarnaast wijkt deze toepassing ook van af de bepalingen van artikel 106, lid 2, VWEU. Daarbij heeft het Hof in *Altmark* de verhouding tussen de *Altmark*-toepassing en rol en werking van artikel 106, lid 2, VWEU simpelweg niet in overweging genomen. En hoewel het Hof met geen woord repte over de werking van artikel 106, lid 2, VWEU, overlapt de compensatiebenadering zeer duidelijk met de doelstelling van artikel 106, lid 2, VWEU, zoals A-G Wathelet ook heeft onderkend in zijn opinie bij *Pais Vasco*.¹⁹⁹ Echter, in het geval van het *Altmark*-arrest, biedt de standaard slechts een gedeeltelijke toetsing aan de Uniebeginselen.

De uiteindelijke benadering van het Hof in *Altmark* gooit namelijk twee onderscheidende juridische toepassingen op één hoop en voegt vervolgens een blijvende inherente rechtvaardigingsgrond toe aan een objectief staatssteunbegrip. Daarmee heeft het Hof twee toepassingen verward,

195 Zie HvJ EG, 19 mei 1993, C-230/91, *Corbeau t Regie des Postes*; HvJ EG, 25 oktober 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*.

196 Zie HvJ EU 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat*, r.o. 44-46.

197 Zie voor de eerste fase Gerecht EU, 3 december 2014, T 57/11, *Castelnou Energía*; Zie voor de tweede fase Gerecht EU, 25 maart 2015, T-556/08, *Slovenska post*; HvJ EU, 28 februari 2013, C1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (OTOC)*.

198 Het Hof spreekt in de jurisprudentie over de *Altmark*-test als een “standaard”. Zie HvJ EU 8 maart 2017, *Viasat*, r.o. 57.

199 Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidade País Vasco*.

namelijk de toepassing van het staatssteunverbod, en de toepassing van een uitzondering ter rechtvaardiging van een inbreuk op dat verbod. Deze benadering druist rechtstreeks in tegen de bedoelingen van artikel 107, lid 1, VWEU. Deze bepaling gaat uit van een “artificieel voordeel” dat lost staat van een eventuele tegenprestatie. Omdat het Hof in *Altmark* de bestaande beoordelingsystematiek tussen verbod en verdragsuitzondering volledig losliet, vermengde het Hof de werking van een verbodsbepaling en het toepasselijke verenigbaarheidskader volledig met elkaar. Door een afwijking te creëren op de verenigbaarheidstest van artikel 106, lid 2, tweede volzin VWEU, heeft het Hof de werking van deze bepaling ondergraven.

5.3.3 *De primaire werking van artikel 106, lid 2, VWEU noodzaakt een belangenafweging in de Altmark-toepassing*

In *Viasat* moest het Hof voor het eerst uitleggen hoe de *Altmark*-voorwaarden en de voorwaarden van artikel 106, lid 2, VWEU zich tot elkaar verhouden. Dat is opmerkelijk omdat A-G Léger reeds in zijn opinie bij *Altmark* waarschuwde dat de compensatiebenadering conceptueel overlapt met de verenigbaarheidstoepassing. Bovendien was de doorwerking van het evenredigheidsbeginsel van artikel 106, lid 2, VWEU in de *Altmark*-toepassing reeds bij het Hof bekend sinds de wijzing van het *BUPA*-arrest door het Gerecht.

De waterscheiding die het Hof in *Viasat* vervolgens heeft aangebracht tussen de *Altmark*-toepassing en de verenigbaarheidstest verhuult niet dat de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU nog steeds worden ingeroepen door partijen in de *Altmark*-toepassing en daarmee in het kader van de rechtsbescherming – op verzoek van partijen – inhoudelijk kunnen worden gewogen door de rechter.²⁰⁰

Het oordeel van het Hof in *Viasat* dat *Altmark* geen verenigbaarheidstest is, maar toetst of er sprake is van normale marktactiviteiten, kan de overlapping van deze doelstellingen niet voorkomen. Beide toepassingen, die van *Altmark* en die van artikel 106, lid 2, VWEU kennen een bijzonder belang toe aan DAEB. Het Gerecht en het Hof hebben herhaaldelijk geoordeeld dat de eerste *Altmark*-voorwaarde, en artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin, inhoudelijk volledig overeenkomen. Omdat een DAEB-omschrijving rechtstreekse werking heeft, dienen deze bepalingen dezelfde reikwijdte en toepassing te hebben.

Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie zien beide toepassingen op een uitkomst die bijdraagt aan een continuïteit en de economische levensvatbaarheid van een DAEB-compensatie (zie paragraaf 3.2.1). Bij de

200 Zie paragraaf 5.4.

controle van de objectiviteit en transparantie van de parameters van een compensatie houden Gerecht en Hof rekening met de continuïteit en levensvatbaarheid van de DAEB. Zonder een compensatie en een toekenning van een redelijke winst zou de beheerder de DAEB niet uit willen voeren. In sommige gevallen onderzoekt het Gerecht ook binnen de *Altmark*-toepassing of een DAEB onder “economische aanvaardbare omstandigheden” kan worden verricht, hetgeen het criterium is van artikel 106, lid 2, VWEU.²⁰¹ Zo verrichte het Gerecht in *BUPA* en *Castelnou* binnen de *Altmark*-toepassing een belangenafweging tussen dit criterium en de effecten van een DAEB-aanwijzing op de mededinging en de markttoegang.²⁰² Daarenboven heeft het Hof van Justitie van de EU aansluiting gezocht bij de rechtspraak over artikel 106, lid 2, VWEU over de Unierechtelijke begrenzingsen aan een DAEB-compensatie. Aansluitend heeft het Hof van Justitie van de EU een halt toegeroepen aan de economische invulling van het criterium marktfalen in de *Altmark*-toepassing en meer nadruk gelegd op de legitimiteit van DAEB op basis van Verdragsbepalingen uit het VWEU (en het protocol nr. 26 bij het VWEU).²⁰³

Het belangrijkste verschil in de *Altmark*-toepassing en de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU is dat op basis van deze laatste bepaling, een DAEB-compensatie niet economisch rendabel of efficiënt uitgevoerd hoeft te worden.²⁰⁴ De vierde *Altmark*-voorwaarde wijkt dan ook volledig af van het criterium van “economisch aanvaardbare omstandigheden”. Waar de vierde *Altmark*-voorwaarde een selectie op basis van de laagste kosten voor de gemeenschap of op basis van benchmarking vereist, berust de toepassing van het criterium van “economisch aanvaardbare omstandigheden” vooral op een balans tussen de continuïteit en universele toegang tot een DAEB en de uitwerkingen op de mededinging en het handelsverkeer.

Omdat het Gerecht inziet dat de toepassing van de vierde *Altmark*-voorwaarde “praktische moeilijkheden” kan opleveren voor de continuïteit van de openbare dienst, heeft het in haar rechtspraak een flexibele benadering ontworpen, die *de facto* de efficiëntie-voorwaarde buiten toepassing laat.²⁰⁵ Ten aanzien van openbare diensten in bepaalde openbare dienstsectoren, in bijvoorbeeld de sociale zorg- en welzijnssector, kunnen de *Altmark*-voorwaarden zo minder strikt toegepast worden.

201 Zie Gerecht EU, 3 december 2014, T-57/11, *Castelnou Energía*, r.o.149; Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*.

202 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o.131, 273, 278.

203 Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie*. Zie ook HvJ EU, 6 oktober 2015, C-303/13 P, *Commissie t Jørgen Andersen*.

204 HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat*; Jones & Suffrin, *EU Competition Law*, Oxford, 2014, p. 641-642.

205 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 100, 116, 131; Gerecht EU, 7 december 2012, T137/10, *CBI*.

Hierbij heeft het Gerecht aansluiting gezocht bij de oude rechtspraak van het Hof over artikel 106, lid 2, VWEU.²⁰⁶ Deze rechtspraak neemt als uitgangspunt niet zozeer een efficiënte besteding, maar het economisch evenwicht tussen commerciële nevenactiviteiten en de DAEB. Dat maakt volgens het Gerecht in *BUPA* niet alleen de beoordelingsruimte van lidstaten ruim bij de omschrijving van een DAEB, maar geeft de lidstaten ook een ruime beoordelingsmarge bij de bepaling van de compensatie van de kosten, zolang voldaan wordt aan de beginselen van non-discriminatie en transparantie.²⁰⁷

Eveneens toont het arrest *SNCM* aan dat de toepassing van de vier *Altmark*-voorwaarden een beoordeling van de *Altmark*-voorwaarden, conform de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU, niet uitsluit. Het Gerecht heeft in deze zaak minder belang gehecht aan het doel van elke afzonderlijke voorwaarde, maar gekeken naar het economische evenwicht van de openbare dienstverplichting. In plaats van alleen de aanwezigheid van een effectief mechanisme op overcompensatie te beoordelen, kijkt het Gerecht in *SNCM* naar de effecten van de DAEB-omschrijving op de mededinging en het handelsverkeer. Uit de doelstellingen van de eerste, tweede en vierde *Altmark*-voorwaarden kon het Gerecht vervolgens afleiden dat de Commissie terecht had besloten dat de openbare dienstomschrijvingen en de hieraan verbonden aanbesteding geen daadwerkelijke concurrentie konden generen.

De samenhangende benadering in het arrest *SNCM* geeft inzicht in de wijze waarop de Commissie de verschillende doelstellingen in de *Altmark*-toepassing afweegt. Deze benadering gaat verder dan een afzonderlijke toetsing aan elke voorwaarde, maar onderwerpt de verschillende doelstellingen van de compensatiebenadering aan een belangenafweging. Het Gerecht past hier de doelstellingen van het *Altmark*-arrest toe, conform de rechtspraak op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. In plaats van een louter formalistische toepassing van de voorwaarden, kiest het Gerecht voor een toepassing van de voorwaarden die voldoet aan de beginselen van subsidiariteit, evenredigheid, transparantie en non-discriminatie. Deze beginselen berusten op de werking van rechtstreekse werking van artikel 106, lid 2, VWEU. Een formalistische controle zou in strijd zou zijn geweest met deze rechtstreekse werking. Het Hof heeft een belangenafweging tussen de verschillende doelstellingen van het *Altmark*-arrest in de arresten *Viasat* en *TV2 Danmark II* uitgesloten en lijkt geen samenhangende beoordeling, maar enigszins formalistische-, voor te staan. Afwijking van dat standpunt lijkt voor het Gerecht als beroepsrechter onvermijdelijk, omdat het anders de besluitpraktijk van de Commissie maar beperkt zou kunnen controleren. De

206 HvJ EG, 19 mei 1993, C-230/91, *Corbeau t Regie des Postes*; HvJ EG, 25 oktober 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*.

207 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o. 214-216.

samenhangende benadering van de Commissie geeft inzicht in de blijvende werking van de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU die doorsijpelen in de *Altmark*-toepassing. Deze primaire Verdragsbepaling speelt volgens waarneming van A-G Wahl nog steeds een centrale rol bij de beoordeling op staatssteun.

5.4 Het *Altmark*-arrest beperkt de belangenafweging die de nationale rechter mag maken op basis van het Unierecht

In verschillende nationale procedures is door het Hof van Justitie of door de Commissie specifiek richting nationale rechters opgemerkt dat de nationale rechter niet louter formeel, maar feitelijk dient te controleren of aan de *Altmark*-voorwaarden is voldaan.²⁰⁸ De Commissie hecht aan een samenhangende interpretatie van de *Altmark*-voorwaarden, waarin gewicht wordt toegekend aan het bijzondere karakter van de openbare dienst, maar eveneens meegewogen wordt wat de potentiële effecten zijn van een compensatie op de mededinging en de markttoegang (zie paragraaf 4.4.). Op grond van verschillende *Altmark*-benaderingen uit de rechtspraak van Hof van Justitie van de EU (zoals geanalyseerd in paragraaf 4) volgt dat actoren die betrokken zijn bij handhaving een belangenafweging verrichten die overeenkomt met de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU.

De praktische naleving van de *Altmark*-voorwaarden door de nationale rechter sluit zodoende niet uit dat diezelfde rechter in het verlengde van de controle op de DAEB-kwalificatie vervolgens ook de andere *Altmark*-voorwaarden toetst aan potentiële gevolgen voor mededinging en markttoegang. Als de parameters van een compensatie als doel of effect hebben dat zij de mededinging beperken, kan de nationale rechter, op grond van de benadering in het *BUPA*-arrest, aannemen dat de maatregel kennelijk onevenredig is.²⁰⁹ Deze toepassing mag evenwel niet gelijk staan aan een verenigbaarheidstoepassing.

Ook de nationale rechter kan geconfronteerd worden met de keuze voor formele toepassing en een inhoudelijke beoordeling van marktomstandigheden. Analooq aan het feitencomplex in *SNCM* kan de nationale rechter geconfronteerd worden met de vraag of DAEB-activiteiten potentiële uit-

208 Corthaut et al, 2017, p. 298.

209 Zie ook High Court of the Republic of Ireland, 7 maart 2013, [2013] IEHC 103, *BUPA Ireland t Health Insurance Authority*, 2005 532 JR, r.o. 61, 62 te vinden op <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/07288208E1FA1D8880257B3500589AF7> en; High Court of the Republic of Ireland, 23 november, 2006, [2006] IEHC 431, *BUPA Ireland t Health Insurance Authority*, 2005 532 JR, r.o. 295, te vinden op <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/0AB5F415208C5E338025728E004726DD>.

werkingen hebben op de mededinging en het handelsverkeer.²¹⁰ Omdat het *Altmark*-arrest beoogde dat een compensatie voldoet aan meerdere kernelementen (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2), zal de nationale rechter in sectoren, waarin sommige van deze doelstellingen niet in evenwicht staan met elkaar, een teleologische of flexibele interpretatie moeten verrichten. Het is dan niet altijd afdoende om per *Altmark*-voorwaarde afzonderlijk te toetsen. Een belangenafweging binnen de *Altmark*-voorwaarden biedt de rechter dan de mogelijkheid om de doelstellingen van het *Altmark*-arrest in evenwicht te brengen en recht toe doen aan de rechtstreekse werking van de DAEB-omschrijving volgens artikel 106, lid 2, VWEU.

Dat betekent dat de nationale rechter de uitwerkingen van selectiemethoden op basis van de eerste, tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde kan controleren op evenredigheid, transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling door een bewijslast te hanteren. Het Unierecht vraagt eveneens bewijslast voor partijen die aanvoeren dat er voldaan is aan de derde *Altmark*-voorwaarde. Een louter formele controle op de aanwezigheid van de *Altmark*-voorwaarden in het aanwijzingsbesluit volstaat niet.²¹¹

De nationale rechter zal in elk geval een beoordeling van de *Altmark*-voorwaarden behoren te verrichten die minstens gelijkwaardig en doeltreffend is aan de beoordeling van de Commissie, waarbij de nationale rechter op grond van de bevoegdheidsverdeling daadwerkelijk na mag gaan of er sprake is van een DAEB. Zodoende mag de nationale rechter – binnen de omvang van het geschil – feitelijk aan alle vier de *Altmark*-voorwaarden toetsen, terwijl de Commissie beperkt is tot een “kennelijke fout”-beoordeling.

De rechtstreekse werking van artikel 106, lid 2, eerste volzin, VWEU, stelt de nationale rechter namelijk in staat om hier een aanvullende rechtsbescherming te bieden en – waar nodig – de Commissie te ondersteunen in het feitenonderzoek. Een samenhangende belangenafweging op basis van Uniebeginselen van evenredigheid, transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie stelt de nationale rechter beter in staat om te controleren of een compensatie potentieel het handelsverkeer en de mededinging beperkt.²¹² Wanneer de nationale rechter zich echter zou beperken tot een formalistische controle aan de derde en vierde *Altmark*-voorwaarden, zoals het Hof in *Libert* en *Viasat* toestond, dan kan hij in beginsel niet meer voldoen aan zijn Unierechtelijke verplichtingen. Als de nationale rechter niet zou kunnen controleren of een DAEB compensatie een potentiële uit-

210 Zie bijvoorbeeld ABRvS, 19 december 2007, 200604981/1, *Minister van VROM t Woningstichting Sint Servatius*, ECLI:NL: RVS:2007:BC0537, r.o. 2.17.4; Zie HvJ EU, 1 oktober 2009, C-567/07, *Sint Servatius*, r.o. 48, 56.

211 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

212 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 4.3 en 4.5.

werking heeft op de mededinging, voldoet hij zelfs mogelijk niet aan het vereiste van het bieden van doeltreffende rechtsbescherming.²¹³

Voor de nationale rechter is het relevant om zich ervan bewust te zijn dat rechtszoekenden op grond van artikel 106, lid 2, VWEU reeds in de verbodsfase om een belangenafweging kunnen verzoeken tussen enerzijds gelijke behandeling van ondernemingen onder normale marktomstandigheden en anderzijds het bijzondere belang van artikel 106, lid 2, VWEU – dat besloten ligt in de kernelementen zoals uiteengezet in hoofdstuk 1, paragraaf 2.²¹⁴ Aangezien het Hof geval per geval de *Altmark*-voorwaarden toepast, zou de Commissie op grond van een uitgebreide besluitpraktijk en toenemende *amicus curiae*-interventies de nationale rechters kunnen bijstaan en een leidraad voor nationale rechters kunnen formuleren. Deze leidraad kan de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter nader invullen en daarmee de nationale rechter behulpzaam zijn om binnen zijn bevoegdheden – in de verbodsfase – te voldoen aan de voorwaarden van de artikelen 106, 107 en 108 VWEU.

6 CONCLUDERENDE OPMERKINGEN EN AANBEVELINGEN

6.1 Het Hof doet er goed aan de rechtsregel uit het *Altmark*-arrest te re-evalueren

De compensatiebenadering – en de verschillende modaliteiten in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van EU – hebben de beoordeling van DAEB in de verbodsfase niet vereenvoudigd voor de nationale rechter als feitenrechter op het nationale niveau.²¹⁵ De analyse van verschillende benaderingen van het Hof van Justitie van de EU (de teleologische benadering, de flexibele en sectorspecifieke benaderingen, de strikte interpretatie en de samenhangende benadering) lijken een belangenafweging tussen de kernelementen van een DAEB en de randvoorwaarden inzake eerlijke mededingingsomstandigheden en gelijke kansen tot markttoegang te impliceren die handhavende actoren, waaronder de nationale rechter, kunnen verrichten op grond van de Unierechtelijke beginselen van evenredigheid, gelijkheid, non-discriminatie en transparantie. Deze belangenafweging mag niet zover gaan als een verenigbaarheidsbeoordeling. De strikte benadering van het Hof in *Viasat* slaat piketpalen tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase van staatssteun, maar doet niet afdoende recht aan de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Unie. De nationale rechter

213 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*, r.o. 55-57; Zie ook HvJ EU, 11 November 2015, C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, r.o. 40, 41.

214 Primair: universaliteit, continuïteit, gelijkheid, evenredigheid. Secundair: solidariteit en kostenefficiëntie.

215 Zie ook hoofdstuk 2, paragraaf 1.

mag niet louter formeel mag toetsen aan de *Altmark*-voorwaarden, maar deze ook niet mag onderwerpen aan de beoordeling op Unierechtelijke beginselen waaronder evenredigheid, gelijkheid, non-discriminatie en transparantie (ondanks de verscheidenheid van DAEB – omschrijvingen en de rechtstreekse werking hiervan op grond van artikel 106, lid 2, VWEU). Daarom kan de nationale rechter niet op een gelijkwaardige en doeltreffende wijze het staatssteunverbod handhaven. Dit is opmerkelijk omdat het Hof van Justitie juist de nationale rechter als feitenrechter een rol heeft toegekend in de private staatssteunhandhaving. In de tussentijd heeft de Commissie ook moeite met de publieke handhaving, omdat deze actor gezien de bevoegdheidsverdeling beperkt is tot een “kennelijke foutbeoordeling.” Alleen door een brede interpretatie van de bevoegdheden van de Commissie heeft deze actor een samenhangende belangenafweging weten te formuleren, die de nationale rechter enige richting geeft om de belangen van artikel 106, lid 2, VWEU en artikel 107, lid 1, VWEU met elkaar in evenwicht te brengen. De strikte interpretatie van het *Altmark*-arrest voorkomt echter niet dat het spanningsveld tussen een objectieve verbodsnorm (artikel 107, lid 1, VWEU) en een uitzonderingsgrond volgens de Verdragen (artikel 106, lid 2, VWEU) blijvende knelpunten oplevert.

Ten eerste kan de beoogde kerndoelstelling van het *Altmark*-arrest (d.w.z.: een compensatie vormt onder de cumulatieve voorwaarden een transactie onder normale marktomstandigheden) door de bijzondere aard van de DAEB – en de mate van overheidsinterventie – niet behaald worden. Daarmee is de afwijking op het MEO-begrip niet objectief (knelpunt 1). Ten tweede streeft de *Altmark*-toepassing tegenstrijdige doelstellingen na. Zo moet een compensatie een voordeel uitsluiten, maar ook een concurrentienadeel kunnen neutraliseren. Deze “*quid pro quo*”-benadering past niet in het voordeeltbegrip, dat nauw verbonden is aan het begrip “beperking van de mededinging.” Een compensatie kan ook onder de *Altmark*-voorwaarden de marktpositie van een bijzondere onderneming op een afgezonderde markt potentieel versterken (knelpunt 2). De *Altmark*-toepassing vervaagt daarmee het onderscheid tussen verbod en rechtvaardiging, waardoor de bevoegdheid die de lidstaten hebben om DAEB te omschrijven en onder “economisch aanvaardbare omstandigheden” te laten functioneren, volgens de artikelen 106, lid 2, VWEU, artikel 14 VWEU en het protocol nr. 26 bij het VWEU, ingevuld wordt door een toepassingsstandaard die deze beleidsruimte onvoldoende laat meewegen. De primaire werking van artikel 106, lid 2, VWEU – en het hieraan verbonden criterium van “economisch aanvaardbare omstandigheden” – wordt daarmee door een afwijkende toepassingsstandaard beperkt (knelpunt 3). Dit beperkt eveneens de belangenafweging die de nationale rechter (op verzoek van partijen en binnen de omvang van het geschil) kan verrichten op grond van het primaire Verdragsrecht, alsmede de Uniebeginselen van evenredigheid, gelijkheid, non-discriminatie en transparantie (knelpunt 4).

De conclusie van dit hoofdstuk is daarom dat het *Altmark*-arrest een tegenstrijdige en dubbelzinnige rechtsregel is die verschillende toepassingsmodaliteiten bezit en bovenal niet uniform afdwingbaar is door handhavende instanties. Als afwijking op artikel 107, lid 1, VWEU ontbeert deze rechtsregel rechtszekerheid. De conclusie is daarom dat het *Altmark*-arrest geen rechtszekerheid kan bieden in procedures voor de nationale rechter. Het Hof doet er goed aan, omwille van deze rechtszekerheid, en vanwege de bestaande knelpunten, de huidige compensatiebenadering opnieuw tegen het licht te houden.

Dit zou kunnen leiden tot de niet ondenkbare beslissing om het *Altmark*-arrest als rechtsregel te beëindigen. Een dergelijk beslissing heeft natuurlijk verschillende rechtsgevolgen. De keuze om het *Altmark*-arrest te beëindigen zou kunnen leiden tot een terugkeer naar de staatssteunbenadering. Dit betekent echter niet noodzakelijk dat elke DAEB weer moet worden aangemeld op basis van artikel 108, lid 3, VWEU. Ook betekent dit niet dat de minimumcriteria die het Hof geformuleerd heeft de *Altmark*-jurisprudentie hun betekenis verliezen. Daarom wordt in de volgende paragraaf een overstapmogelijkheid geschetst, teneinde de nationale rechter in staat te stellen zijn werk te doen.

6.2 Van verheldering van het verbod naar verfijning van de vrijstellingsmogelijkheid

Vanuit theoretisch oogpunt zou een terugkeer naar de staatssteunbenadering de meest zuivere keuze zijn. De algemene belangenafweging die de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU jo. artikel 106, lid 2, VWEU in essentie beheerst, moet gereserveerd worden voor verenigbaarheidsfase. Dit betekent echter niet dat de wijziging van *Altmark*-en de voorafgaande discussies tussen de A-G's en het Hof-zonder effect is geweest. Zoals in paragraaf 3 is omschreven, heeft de Commissie de werking van de compensatiebenadering een praktische invulling gegeven en verbonden aan de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU. De meeste praktische invulling voor lidstaten betreft het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

Het DAEB-Vrijstellingsbesluit stelt steunmaatregelen voor DAEB voorwaardelijk vrij van melding op basis van artikel 108, lid 3, VWEU jo. artikel 107, lid 1, VWEU, jo. 106, lid 2, tweede volzin, VWEU. Deze steunmaatregelen moeten voldoen aan procedurele en materiële rechtvaardigingsgronden. De materiële rechtvaardigingsgronden betreffen de eerste drie *Altmark*-voorwaarden. Deze komen in beginsel overeen met de criteria uit artikel 106, lid 2, VWEU, maar ontberen een duidelijke inbedding van algemene beginselen van Unierecht (zie hoofdstuk 5).²¹⁶

216 Gerecht EU, 6 april 2017, T-219/14, *Regione autonoma de Sardegna t Commissie, r.o.* 152-154,165, 102.

Het Hof heeft in *Viasat* benadrukt dat de Commissie aan deze voorwaarden geen “*quid pro quo*-benadering” mag toekennen, binnen de verenigbaarheidstoepassing.²¹⁷ Dat betekent dat de tweede *Altmark*-voorwaarde niet vereist dat een besteding doelmatig moet zijn.²¹⁸ Het Hof is duidelijk geweest door te oordelen dat efficiëntiebepalingen, opgenomen in het *Almunia*-pakket, de lidstaten niet binden.²¹⁹ Daarmee mag de vierde *Altmark*-voorwaarde ook niet toegepast worden binnen de werking van artikel 106, lid 2, VWEU.²²⁰

Bovenstaande uitleg laat zien dat een vrijstellingsmogelijkheid, op voorwaarde dat dit instrument berust op de verenigbaarheidscriteria van artikel 106, lid 2 VWEU, behouden kan blijven. Vanuit theoretisch oogpunt moet de vrijstellingsgrond overeenkomen met de kernelementen die het begrip DAEB beheersen. Vanuit praktisch oogpunt kan deze vrijstelling, in samenhang gelezen met de rechtstreekse werking een DAEB-omschrijving voor de nationale rechter ingeroepen worden. Een vereiste is daarom wel dat in een verfijnde DAEB-Vrijstelling het criterium van “economisch aanvaardbare omstandigheden” de efficiëntiebepalingen vervangt. Dit criterium kan alleen gecontroleerd worden aan de hand van de beginselen van transparantie, gelijke behandeling, non-discriminatie, evenredigheid en doeltreffendheid. Op basis van materiële bepalingen, die op deze beginselen berusten, kan vervolgens gecontroleerd worden of de vrijstelling van toepassing is, ofwel dat de maatregel aangemeld had moeten worden krachtens artikel 108, lid 3, VWEU.

Daarmee lijkt, vanuit theoretisch oogpunt, een instandhouding, en een verfijning van een groepsvrijstelling voor DAEB, de beste optie om rechtszekerheid en transparantie te geven aan het onderscheid tussen een verbodsbepaling en een verenigbaarheidsbepaling. Hoofdstuk 5 analyseert hoe deze verfijning bereikt kan worden door de Commissie en welke rol de lidstaten spelen bij de handhaving van een verfijnd DAEB-Vrijstellingsbesluit.

Vanuit een praktisch oogpunt kunnen lidstaten steunmaatregelen uitvoeren, zonder goedkeuring van de Commissie af te wachten. Hier komen beleidsdoelstellingen van de lidstaten samen met handhavingsdoelstellingen van de Commissie. Laat deze aanbeveling nu net zijn wat A-G Léger in zijn conclusies voor het *Altmark*-arrest het Hof reeds adviseerde.²²¹

217 HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat*.

218 HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat*.

219 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*; HvJ EU 8 maart 2017, zaak C-660/15 P, *Viasat Broadcasting UK t Commissie*.

220 HvJ EU 8 maart 2017, *Viasat*, r.o. 38, 44 en 46; Gerecht 24 september 2015, *Viasat*, r.o. 103. Zie Conclusie van A-G Wahl van 10 november 2016 bij zaak C-660/15 P, *Viasat*, randnummer 42.

221 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*, randnummers 71-73.